

# المباني شرح موطأ مالك

تأليف  
القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي  
المتوفى سنة ٨٩٤هـ

تحقيق  
محمد عبد القادر أحمد عطا

الجزء السابع

مبشورات  
محرر عيسى بيضون  
دار الكتب العلمية  
بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تلخيص الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات منوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١ ٠٠)  
صندوق بريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohlory st., Melkart bldg., 1st Floor.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2742-X



9 782745 112742 6

<http://www.al-ilmiyah.com.lb/>

e-mail : [sales@al-ilmiyah.com](mailto:sales@al-ilmiyah.com)

[info@al-ilmiyah.com](mailto:info@al-ilmiyah.com)



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### كتاب المساقاة

#### ما جاء في المساقاة

١٣٧٠ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِيَهُودِ خَيْبَرَ يَوْمَ الْفَتْحِ: «أَقْرِكُمْ فِيهَا مَا أَقْرَكُمُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى أَنَّ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ». قَالَ: فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ ثُمَّ يَقُولُ: إِنَّ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي، فَكَانُوا يَأْخُذُونَهُ.

١٣٧١ - مَالِك عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ إِلَى خَيْبَرَ، فَيَخْرُصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ يَهُودِ خَيْبَرَ، قَالَ: فَجَمَعُوا لَهُ حَلِيًّا مِنْ حَلِي نِسَائِهِمْ، فَقَالُوا لَهُ: هَذَا لَكَ وَخَفَّفْ عَنْهُ، وَتَجَاوَزْ فِي الْقَسَمِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ: يَا مَعْشَرَ الْيَهُودِ، وَاللَّهِ إِنْكُمْ لَمِنْ أَبْغَضِ خَلْقِ اللَّهِ إِلَيَّ، وَمَا ذَاكَ بِحَامِلِي عَلَى أَنْ أُحِيفَ عَلَيْكُمْ، فَأَمَّا مَا عَرَضْتُمْ مِنَ الرِّشْوَةِ، فَإِنَّهَا سُحْتُ، وَإِنَّا لَا نَأْكُلُهَا، فَقَالُوا: بِهَذَا قَامَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ<sup>(\*)</sup>.

١٣٧٠ - أخرجه الشافعي في مسنده ١٣٥/٢. البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٢٠٧٨/٨.

وقال ابن عبد البر في التمهيد ٢٠٥/٨: هكذا روى هذا الحديث بهذا الإسناد، عن مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد، جماعة رواة الموطأ، وكذلك رآه أكثر أصحاب الزهري. وقد وصله منهم صالح بن أبي الأخضر، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، «أن رسول الله ﷺ لما افتتح خيبر، دعا اليهود فقال: تعطيكُم الثمر على أن تعملوها، أقركم ما أقركم الله؟ وكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرصها عليهم، ثم يخيرهم يأخذون بخرصه، أم يتركون».

١٣٧١ - أخرجه أبو داود برقم ٣٤١٣، ٢٦١/٣ كتاب البيوع، عن عائشة. البغوي في شرح السنة ٢٥١/٨، عن عائشة.

(\*) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٢٣/٨: هذا الحديث مرسل في جميع الموطآت عن مالك=

٤ ..... كتاب المساقاة

الشرح: قوله: «أنه قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر» يريد في ذلك الزمن حيث وجب تفرغ النظر للمسلمين فيها كما يقال قال كذا يوم بدر، وفعل كذا يوم أحد، وإنما جرى ذلك في الأيام المضافة إليها.

فصل: وقوله: «على ما أقركم الله عز وجل على أن التمر بيننا وبينكم» يقتضى أن النخل صارت لرسول الله ﷺ وللمسلمين دون أهل خيبر، ولذلك كان لهم بالعمل بعض الثمرة، واختلف العلماء في افتتاح خيبر، فقال بعضهم: افتتحت عنوة، لما روى عبد العزيز بن صهيب عن أنس أن رسول الله ﷺ غزا خيبر، فأصبناها عنوة.

وقال آخرون: افتتحتها بعضها عنوة، وبعضها صلحاً<sup>(١)</sup>، وهو الذى رواه مالك عن

---

= بهذا الإسناد، وقد يستند معنى هذا الحديث من رواية ابن عباس، وجابر، وغيرهما، عن النبى ﷺ، وسماع سليمان بن يسار من ابن عباس صحيح. وقال معمر، عن الزهرى فى هذا الحديث: خمس رسول الله ﷺ خيبر، ولم يكن له ولا لأصحابه عمال يعملونها ويزرعونها، فدعا يهود خيبر - وقد كانوا أخرجوا منها - فدفع إليهم خيبر على أن يعملوها على النصف، يؤدونه للنبي ﷺ، وقال لهم: «أقركم على ذلك بما أقركم الله». فكان يبعث إليهم عبدالله بن رواحة فيحرص النخل حين يطيب أوله، ثم يجير يهود يأخذونها بذلك أو يدفعونها بذلك الخرص، وإنما كان رسول الله ﷺ أمر بالحرص فى ذلك، لكى تخصى الزكاة فى ذلك قبل أن توكل الثمرة.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٠٥/٨: أجمع العلماء من أهل الفقه والأثر، وجماعة أهل السير، على أن خيبر كان بعضها عنوة، وبعضها صلحاً، وأن رسول الله ﷺ قسمها، فما كان منها صلحاً، أو أخذ بغير قتال كالذى جلا عنه أهله، عمل فى ذلك كله بسنة الفىء، وما كان منها عنوة، عمل فيه بسنة الغنائم إلا أن ما فتحت الله عليه منها عنوة، قسمه بين أهل الحديبية وبين من شهد الواقعة. وقد رويت فى فتح خيبر آثار كثيرة ظاهرها مختلف، وليس باختلاف عند العلماء على ما ذكرت لك، إلا أن فقهاء الأمصار اختلفوا فى القياس على خيبر سائر الأرضين المفتوحة عنوة، فمنهم من جعل خيبر أصلاً فى قسمة الأرضين، ومنهم من أبى من ذلك وذهب إلى إيقافها، وجعلها قياساً على ما فعل عمر بسواد الكوفة، وسنين ذلك كله فى هذا الباب - إن شاء الله. فأما الآثار عن أهل العلم والسير بأن بعض خيبر كان عنوة، وبعضها بغير قتال، فمن ذلك ما روى ابن وهب، عن مالك، عن ابن الشهاب، أن خيبر كان بعضها عنوة، وبعضها صلحاً، قال: فالكثبية أكثرها عنوة، وفيها صلح، قلت لمالك: ما الكثبية؟ قال: من أرض خيبر، وهى أربعون ألف عذق. قال مالك: وكتب أمير المؤمنين يعنى المهدي - أن تقسم الكثبية مع صدقات النبى ﷺ، فهم يقسمونها فى الأغنياء والفقراء، فقيل لمالك: أفترى ذلك للأغنياء؟ قال: لا، ولكن أرى أن يفرقوها على الفقراء. قال إسماعيل بن إسحاق: وكانت خيبر جماعة حصون، فافتتح بعضها بقتال، وبعضها سلمه أهله على أن نخن دماؤهم.

كتاب المساقاة ..... ٥

ابن شهاب، والكثبية أكثرها عنوة، وفيها صلح. قال مالك: والكثبية من أرض خيبر أربعون ألف عرق.

وقال موسى بن عقبة: كان مما أفاء الله على المسلمين من خيبر نصفها، فكان النصف لله ولرسوله، والنصف الآخر للمسلمين، فكان النصف الذى لله ولرسوله الكثبية والوطيح والسلالم ووجرة، والنصف الذى للمسلمين بطله والشق، وهذا يقتضى أن معنى الصلح أنهم تخلوا عن النخل والأرض، فعلى هذا تقرر أن جميع الأرض والنخل لله ولرسوله وللمسلمين.

مسألة: فأما إن كان على وجه الصلح، فذلك كله لله ولرسوله. قال القاضى أبو إسحاق قال: وكان سبيل ذلك سبيل التضير، وما كان خيبر بقتال، وقسمها رسول الله ﷺ بين من حضرها من المسلمين، وبين من غاب عنها من أهل الحديبية خاصة؛ لأن الله تعالى وعدهم بها يريد قوله: ﴿وعدكم الله مغنم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه﴾ [الفتح: ٢٠].

مسألة: وظاهر قوله: «أقركم على ما أقركم الله» يقتضى أن ذلك كان عند المساقاة، ولعله كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على معلوم بعبارة أو غيرها، وقد ذهب إلى جواز المساقاة مالك والشافعى وجمهور الفقهاء، ومنع جوازها أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله ما روى «أن النبى أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها»<sup>(\*)</sup>.

ومن جهة القياس أن التمر نوع مال يزكو بالعمل لا يجوز أن يكون لمنفعته المقصودة، فجازت المعاملة عليه ببعضها.

مسألة: وهذا اللفظ لا يتناول العقد على مدة يلزم العقد فى جميعها، وإنما يلزم فى مقدار منها. فأما المساقاة، فإنها تلزم فى عام واحد؛ لأنه لا يمكن أن تتبعض، وكذلك كلما شرع العامل فى عام، لزم العقد فى ذلك العام، وكذلك المتساقيان بالخيار فيما بعده.

وقد قال مالك فى الرجل: يكترى من الرجل داره على شهر بدينار أو كل عام بدينارين، أن ذلك جائز، وكل واحد منهما فى الإجارة أن يتمادى على العمل، وأن

(\*) أخرجه أبو داود برقم ٣٤٠٨، ٣/٣٦١ كتاب البيوع، عن ابن عمر. ابن أبى شيبة

٢٧٦/١٤، عن ابن عمر.

٦ ..... كتاب المساقاة

يتركه ما شاء، وكذلك المساقاة لكل واحد منها ما ترك ذلك ما لم يشرع العامل في عمل سنته، فتلزمه تلك السنة.

وقال عبد الملك: يلزم أجرة جزء واحد مما جعلاه عملاً على حساب الأجرة من شهر أو سنة.

وجه الرواية الأولى أن العقد لم يقع على شيء مقرر يلزم فيه، وإنما هو مبني على أن ما اتفقا عليه لزمهما بالاستيفاء من حساب ما قرراه، ولهما أن يزيد ما شاء أم ما اتفقا على ذلك، ومن أراد منهما الترك، فذلك له إذ ليس بينهما عقد يلزم أحدهما، وجميع المدة في ذلك على كل واحد، فإذا كان الخيار لكل واحد منهما في الشهر الثاني والسنة الثانية، فكذلك الأولى.

وجه القول الثاني أن عقد الإجارة عقد لازم، وأقل ما يقع عليه العقد ما ذكر من المدة المقدرة، فيجب أن يلزم فيه، ويكون الخيار فيما بعده.

فصل: وقوله: «على أن الثمرة بيننا وبينكم» يقتضى المشاركة، وليس في هذا اللفظ تحديد جزء العامل من الثمرة غير أن الظاهر المساواة، ولعله قد تبين ذلك لهم، فنقله الراوى على هذا اللفظ لما كان ظاهره المساواة.

وقد روى عن ابن عمر أنه قال: أعطى رسول الله ﷺ أهل خيبر النصف، وأبو بكر وصدرًا من خلافة عمر.

مسألة: ويقتضى مع ذلك المساواة في الحوائط كلها، وإن كان بعضها أفضل من بعض. وقد قال ابن القاسم في العتبية: لا بأس أن يساقيه حائطين على النصف جميعاً أو على الثلث. قال مالك في الموازية: ويجوز أن يكون أحد الحائطين نخلاً، وفي الآخر أصناف الشجر، ويكون بعضها أفضل من بعض سقيًا واحدًا، وأن بعضها بعلًا وبعضها سقيًا، فإن كان على مساقاة مختلفة، فلا خير في ذلك.

وجه ذلك أن النبي ﷺ ساقى خيبر كلها على النصف، وفيها الجيد والردى.

ومن جهة المعنى أن عقد المساقاة بمعنى حكم القراض، فكما لا يجوز أن يدفع إليه مالين على وجه القراض بعقد واحد، وعلى أجزاء مختلفة لم يجز ذلك في المساقاة، ولما جاز أن يدفع إليه جنسين من العين ورقًا وذهبًا في عقد واحد على جزء واحد، جاز مثله في المساقاة.

## كتاب المساقاة ..... ٧

فرع: فإذا قلنا إنه لا يجوز عمل في عقد واحد على أجزاء مختلفة، فإن عمل على ذلك رد إلى مساقاة مثله، وكذلك لو عاقده السنين بأجزاء مختلفة، لم يجوز، فإن عمل على ذلك جميع السنتين فله مساقاة مثله فيما مضى، وفيما بقى ولا يفسخ ما بقى، وقاله في الموازية.

ووجه ذلك أنه إنما يلزمه مساقاة جميع السنتين؛ لأنه إنما أخذ بعضها بسبب بعض، فقد ينفق في أول عام ليستغل أعواماً، فإذا لزمه بعض الأعوام لزمه جميعها.

مسألة: إن كان في عقود مختلفة على أجزاء مختلفة، جاز ذلك، قاله في الموازية، ولا يجوز مثل هذا في القراض؛ لأن عقد القراض عقد جائز، وعقد المساقاة عقد لازم، فإذا عقد في حائط على النصف، ثم عقد في حائط آخر على الثلث، لم يتعلق أحد العقدين بالآخر، فجاز ذلك.

فصل: وقوله: «فكان رسول الله ﷺ يبعث ابن رواحة للخرص» ظاهر اللفظ يقتضى تكرار خرصه لهم. وقال الشيخ أبو إسحاق في زاهيه: خرص عليهم عاماً ثم قتل بمؤنة، فقدم غيره، ويحتمل أن يريد خرص أموال المساقاة لما يجب فيها من الزكاة لأن مصرف الزكاة في غير مصرف غلة أرض العنوة ونخلها لأن الزكاة لا تصرف إلا إلى الأصناف التي ذكر الله تعالى في كتابه في قول تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]، وأما غلة أرض العنوة، فإن الإمام يعطيها من يستحقها من الأغنياء والفقراء، ولذلك كان يخرصها ليميز حق الزكاة من غيرها.

وقد قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل ابن رواحة إذا كان يخرص تمر خبير الذى أقره النبي ﷺ بأيدي اليهود مساقاة، ثم يقول لهم: «إن شئتم، فلكم، وإن شئتم، فلى» فكانوا يأخذون، أيجوز ذلك للمساكين والشرىكين، فقال: لا يعمل بذلك، ولا يصلح اقتسامه إلا كيلاً إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقسمانه الخرص.

وهذا الذى قاله عيسى حملة عليه أنه تناول الخرص للقسمة خاصة، وإذا كان الخرص للزكاة لزم إخراجها من جميع ثمر الحائط إن كان العامل ذمياً أو عبداً؛ لأن الزكاة إنما تعتبر بحال مالك الأصل، فإن كان صاحب الأصل مسلماً حراً، فالزكاة في جميعه.

وإن كان صاحبه عبداً أو ذمياً، فلا زكاة في شىء منه؛ لأن العامل إنما يملك حصته من الثمرة بالقسمة، والزكاة تجب فيها قبل ذلك يبدو الصلاح، وقد تقدم ذكره.

مسألة: ويحتمل أن يكون الخرص للقسمة لأنه قد علم اختلاف حاجتهما إليه لأن

٨ ..... كتاب المساقاة

اليهود كانوا يريدون أن يأكلوه رطبًا، والصحابة لا يمكنهم ذلك ولا يحتاجون إليه إلا تمرًا.

وقد قال مالك في الشركاء في الحائط تختلف حاجتهم إلى الثمرة، فبعضهم يريد البيع، وبعضهم يريد أكله رطبًا، وبعضهم يريد أكله تمرًا: إن ذلك يبيح قسمته بينهم بالخرص، وإن اتفقت حاجتهم، فإن أراد جميعهم البيع أو أكله رطبًا أو تمرًا لن تقسم بينهم بالخرص، وقد تقدم ذكره في القسمة.

فصل: وقول ابن رواحة: «إن شئتم فلكم وإن شئتم فلى» حمله عيسى على أنه كان يسلم إليهم جميع الثمرة بعد الخرص ليضمنوا حصة المسلمين من الثمرة، ولو كان هذا لم يجز؛ لأنه بيع الثمرة بالثمره بالخرص في غير العرية.

وإنما يجوز مثل هذا في الزكاة أن يخرص عليهم ثم يكون عليهم من الثمر ما أوجبه الخارص عليهم على سنة الزكاة في أموال المسلمين؛ لأن أصل الحوائط لهم.

فإذا حملناه على هذا الوجه، فمعنى قوله: «إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلى» على سبيل التحقيق لصحة خرصه، فيقول لهم: إن شئتم أن تأخذوا الثمرة على أن تؤدوا زكاة ما خرصته عليكم، وإلا فأنا أشتريها من الفىء بمثل ما يشتري به، فيخرج هذا الخرص الذى خرصه، وذلك معروف لمعرفتهم بسعر التمر، فكانوا يأخذونه لتحقيقهم صحة قوله.

وإن قلنا إن المراد به خرص الثمرة لا قسمة لاختلاف الحاجة، فمعنى قوله: إن شئتم فلكم هذا النصف، وإن شئتم فلى ولكم هذا الآخر، على معنى التخيير لهم فى النصفين ليأخذوا أيهما شاءوا لتحقيقه التساوى فى ذلك، فكانوا يأخذون الذى يسر لهم ويخصهم به، إما لأن ذلك أنفع لهم، وأقرب لمساكنهم. أو أبعد من الدخول فيه عليهم أو لمعنى من المعانى أو لأنهم فرحوا به وسألوه إياه بين ذلك أن وقت طيب النخل أو بعد ذلك ما دامت فى رعوس النخل ليس بوقت قسمة ثمرة المساقاة لأن على العامل أخذها والقيام عليها حتى يجرى الصاع أو الوزن سبب ذلك أن الخرص قبل ذلك لم يكن للقسمة إلا معنى اختلاف الأغراض والحاجات على ما تقدم.

فصل: والظاهر فى قوله لجماعتهم: «إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلى» إن كان على وجه المساقاة لاختلاف الأغراض والحاجات، تقتضى أنه ساقى جميعهم جملة واحدة الحوائط، ولم يخص كل إنسان منهم بحائط، ولذلك قال مالك قد ساقى رسول الله

كتاب المساقاة ..... ٩

﴿خير على مساقاة واحدة على النصف وفيها الجيد والدنيء ولا تعلق له في هذا إلا أن يكون عقد على جميعها عقدًا واحدًا، وإن كان في غالب الحال يختلف ما عوقدوا عليه لاختلاف الخواطر مع جواز المساقاة على أكثر من النصف وأقل، ولا اختلاف أنه يجوز لصاحب الخاطر أن يساقى فيه جماعة.﴾

فصل: وقوله في حديث ابن يسار: «كان يبعث ابن رواحة ليخرص بينه وبين يهود» أضاف الخرص إليه لتصرفه فيه، ويحتمل أن يكون فيما يخصه لنفقة عياله وإنفاذه ليخرص على ما تقدم غير أن لفظه كان يقتضي التكرار، وأنه تكرر إنفاذه إليهم لهذا المعنى لدينه وأمانته، ومعرفة بهذا الشأن، ولعله كان عالما بثمر تلك الجهة، وما ينقص بالجحوف.

فصل: وقوله: «فجعلوا له حليا، قالوا: هذا لك وخفف عنا» أرادوا بذلك التخفيف من الحق الذي يجب في الخرص، ولا يجوز فعله لما فيه من الحيف على المسلمين، وأما التخفيف اليسير، فإن كان بمعنى المقاسمة، فلا يجوز فيه إلا المساواة، وإن كان بمعنى الزكاة، فقد تقدم ذكره في باب الزكاة.

فصل: وقوله: «يا معشر يهود إنكم لمن أبغض خلق الله إلى» يريد لكفرهم وإظهارهم العداوة والمخالفة للنبي ﷺ وللمسلمين، وقد أنبأ الله تعالى بذلك، فقال: ﴿لنجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا﴾ [المائدة: ٨٢]، ثم قال: «وما ذاك بحاملي على الحيف عليكم» يئسهم بذلك من حيفه على المسلمين مع محبته فيهم وسعيه لهم.

فصل: قوله: «وأما ما عرضتم من الرشوة فإنه سحت» يريد حرام، وقد وصف الله اليهود بأكلها، فقال: ﴿سماعون للكذب أكالون للسحت﴾ [المائدة: ٤٢]، وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن كثيرا من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله﴾ [التوبة: ٣٤]، فراموا أن يستنزوا ابن رواحة لما علموا من ورعه وأمانته، وحرصوا أن يدخلوه فيما يتلبسون به من أخذ الرشوة وأكل السحت، قال الله عز وجل: ﴿وذكر كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفارًا حسدًا من عند أنفسهم من بعد ما تبين لهم الحق﴾ [البقرة: ١٠٩]، وقال: ﴿ودوا لو تكفروا كما كفروا فتكونون سواء﴾ [النساء: ٨٩]، فعصمه الله ورد ذلك عليهم ولم يعاقبهم امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿فاعفوا واصفحوا حتى يأتي الله بأمره﴾

فصل: وقولهم: «بهذا قامت السموات والأرض» ويحتمل أن يريد به الإقرار بالحق والرجوع إلى الاعتراف به، إما للتعجيل الخزي لهم في الدنيا أو ليتخلصوا به مما ظنوا أنه يحل بهم من العقوبة إذا أروه الرجوع إلى قوله والرضا بفعله.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا سَاقَى الرَّجُلُ النَّخْلَ وَفِيهَا الْبَيَاضُ، فَمَا أَزْدَرَ الرَّجُلُ الدَّاخِلُ فِي الْبَيَاضِ فَهُوَ لَهُ: قَالَ: وَإِنْ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنَّهُ يَزْرَعُ فِي الْبَيَاضِ لِنَفْسِهِ، فَذَلِكَ لَا يَصْلُحُ لِأَنَّ الرَّجُلَ الدَّاخِلَ فِي الْمَالِ يَسْقِي لِرَبِّ الْأَرْضِ، فَذَلِكَ زِيَادَةٌ أَزْدَادَهَا عَلَيْهِ، قَالَ: وَإِنْ اشْتَرَطَ الزَّرْعَ بَيْنَهُمَا، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا كَانَتِ الْمُثُونَةُ كُلُّهَا عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ الْبَذَرُ وَالسَّقْيُ وَالْعِلَاجُ كُلُّهُ، فَإِنْ اشْتَرَطَ الدَّاخِلُ فِي الْمَالِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنَّ الْبَذَرَ عَلَيْهِ، كَانَ ذَلِكَ غَيْرَ جَائِزٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اشْتَرَطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ زِيَادَةً أَزْدَادَهَا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا تَكُونُ الْمُسَاقَاةُ عَلَى أَنَّ عَلَى الدَّاخِلِ فِي الْمَالِ الْمُثُونَةَ كُلُّهَا وَالنَّفَقَةَ، وَلَا يَكُونُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهَا شَيْءٌ فَهَذَا وَجْهُ الْمُسَاقَاةِ الْمَعْرُوفِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال، وذلك أنه لا يخلو أن يسكت عن البياض في عقد المساقاة أو يشترط أحد المعاقدين، فإن سكت عنه، فقد قال ابن الجلاب في تفريعه: هو لصاحبه يفعل فيه ما شاء من زراعة وإجارة أو ترك، وقال محمد وابن حبيب: إن تشاحا عند الزراعة، فذلك للعامل.

وجه القول الأول، وهو مقتضى رواية ابن نافع عن مالك الحديث المتقدم: «أقركم ما أقركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم»<sup>(\*)</sup>.

فوجه الدليل من هذا أنه شرط لنفسه وللمسلمين نصف الثمرة، وذلك وقت الاشتراط واستيفاء الجفوف وتبينها، فظاهر ذلك أنه جميع ما يكون له.

وجه آخر، وهو أن الأرض بين العاملين، وإنما يكون للنبي ﷺ وللمسلمين ما تناوله اشتراطه، وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم، ولذلك انفردوا بمساكنها

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢١٩.

(\*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٣٧٠.



ومسارحها، وغير ذلك.

وما روى عن النبي ﷺ «أنه أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار» (\*) يحتمل أن يكون فى عقدين أو على مكانين أو زمانين، ويحتمل أن يعود الضمير، فيما يخرج منها، على ما يعمل فيها من الأشجار، فيكون بمعنى ما قد ساقه فى الحديث الأول.

مسألة: وإن كان سكت عن ذلك حتى زرعها العامل لنفسه، فقد قال محمد وابن حبيب: ما زرع العامل، فهو له وفى كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك: عليه كراء الأرض لصاحب الحائط.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن لفظ المساقاة إنما يختص بالثمار، وما كان من الأرض على وجه التبع، فهو للعامل كالمراح والمسكن وغير ذلك.

ووجه القول الثانى أنه مقصود بالحرث والعمل، فوجب أن لا يختص بالعامل كالثمرة.

مسألة: وأما الشرط، فإن فضل ذلك ملغى للعامل، قاله مالك فى المدونة والموازية وغيرهما.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن اسم المساقاة يختص بالثمر وماله أصل ثابت وفرع ظاهر حين المساقاة. وأما الأرض البيضاء، فعلى وجه ارتفاق العامل ما بين الأصول من البياض.

مسألة: فإن شرطاً أن يكون بينهما على أن يكون البذر والعمل من عند العامل، فقد قال مالك فى المدونة وغيرها: ذلك جائز. قال ابن القاسم: وذلك أن السنة جاءت فى خيبر أن النبي ﷺ عاملهم فى البياض والسواد على النصف.

مسألة: وإن شرطاً أن يكون بينهما والبذر من عندهما، ففى المدونة: لا يجوز ذلك، وكذلك إن كان البذر كله من عند صاحب الأرض، ففى الموازية: لا يجوز.

ووجه ذلك أن العمل والمنفعة كلها على العامل، لا يجوز أن يكون شىء من ذلك على صاحب الأرض والبذر والعمل من ذلك، فلا يجوز أن يكون شىء منه عليه كما

(\*) أخرجه أبو داود برقم ٣٤٠٨، ٣٦١/٣ كتاب البيوع، عن ابن عمر. ابن أبى شيبة ٢٧٦/١٤، عن ابن عمر.

١٢ ..... كتاب المساقاة

لا يجوز أن يكون له جميع الزرع لما فى ذلك من اشتراطه على العامل زيادة ينفرد بها.  
ولو كان البياض تبعًا، فاشتراط العامل ثلاثة أرباعه، فقد أبى ذلك ابن القاسم،  
وكرهه أصبغ مرة، ثم أجازته.

وروجه القول الأول أنه لما اشترط بعضه كان ذلك زيادة فى المساقاة ازدادها العامل،  
ولم يكن على وجه الإلغاء؛ لأن الإلغاء إنما يكون فى جميعه.

وروجه القول الثانى أنه اشترط أرضًا هى تبع المساقاة، فجاز ذلك كما اشترطاه  
جميعًا والتوجيهان لأصبغ من رواية محمد.

فرع: وسواء كان البياض بين أثناء السواد أو منفردًا عن الشجر فى ذلك الحائط،  
قاله محمد. ووجه ذلك أنه تبع للملك صاحب الأصل.

فرع: ولو استثنى العامل البياض فيما يجوز زرعه ثم أجيحت الثمرة، ففى العتية من  
رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك: عليه كراء الأرض البياض. وقال سحنون:  
جيد؛ لأنه لم يعط إياه إلا عمل السواد، فلما ذهب السواد كان له أن يرجع بالكراء.  
قال على بن زياد عن مالك: وكذلك لو عجز الداخل عن العمل عليه كراء مثله فى  
البياض.

فرع: وإن كانت المساقاة فى زرع، وفى وسطه أرض بيضاء، فاشتراطها العامل  
لنفسه، قال ابن القاسم: لا بأس بذلك كالنخل، وهذا إذا كانت يسيرة تبعًا لأرض  
الزرع. قال محمد: وحكمه حكم بياض النخل، وأحب إلينا أن يلغى الداخل.

مسألة: وإذا ساقاه زرعًا فيه شجر تبعًا للزرع، واحد لا للعامل كمشتري الدار فيها  
نخل يشترط ثمرتها، ولا يجوز أن يكون بينهما، ولا يكون لصاحب الأرض إذا كان  
العامل يسقى ذلك، قاله محمد.

وجه القول الأول أنه مما يجوز فيه المساقاة، فلا يخلو أن يلغى كنوع من الشجر.

وروجه القول الثانى أن هذه أرض يعتبر فيها التبع للنخل، فجاز أن يلغى كما لو ابتداء  
بذرها وزراعتها. قال ابن المواز: ولم أجد أحدًا اختار هذا القول، وقول ابن القاسم هو  
المعروف.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْعَيْنِ تَكُونُ بَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، فَيَنْقَطِعُ مَاؤُهَا، فَيُرِيدُ أَحَدُهُمَا أَنْ يَعْمَلَ

فِي الْعَيْنِ، وَيَقُولُ الْآخَرُ: لَا أَجِدُ مَا أَعْمَلُ بِهِ: إِنَّهُ يُقَالُ لِلَّذِي يُرِيدُ أَنْ يَعْمَلَ فِي الْعَيْنِ أَعْمَلٌ وَأَنْفَقَ، وَيَكُونُ لَكَ الْمَاءُ كُلُّهُ تَسْقِي بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ صَاحِبُكَ يَنْصَفُ مَا أَنْفَقْتَ، فَإِذَا جَاءَ يَنْصَفُ مَا أَنْفَقْتَ، أَخَذَ حِصَّتَهُ مِنَ الْمَاءِ، وَإِنَّمَا أُعْطِيَ الْأَوَّلُ الْمَاءَ كُلُّهُ لِأَنَّهُ أَنْفَقَ، وَلَوْ لَمْ يُدْرِكْ شَيْئًا بِعَمَلِهِ لَمْ يَغْلِقِ الْآخَرُ مِنَ النَّفَقَةِ شَيْءٌ<sup>(١)</sup>.

الشرح: روى سحنون عن ابن القاسم في تفسير قول مالك في الماء يكون بين الرجلين فيغور، أن كل أرض مشتركة لم يقسما أصلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعه جميعاً، فانهدمت البئر، فإنه يقال لصاحبه أعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الأصل والماء أو قاسمه الأصل، فخذ حصتك، وتأخذ حصته، فمن أحب أن يعمل ومن أحب أن يترك ترك.

ومن عمل منهما كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة، فيرجع على حقه من الماء، وإن كان بينهما زرع أو شجر مثمر في أرض لهما، فإن الأبى يجبر على عمل حصته أو يبيعها من يعمل.

وأما إذا كانت حصة كل واحد منهما مفردة والماء واحداً، فمن أبى منهما العمل، فذلك له، ويقال للآخر أعمل ولك الماء كله حتى يأتي شريكه بحصته من النفقة، وإنما ذلك بمنزلة الدار تنهدم فيأبى أحد الشريكين أن يبنى، فيقال له ابن مع شريكك أو قاسمه، قاله سحنون. وابن نافع والمخزومي يقولان: إنما ذلك في بئر ليس عليها ما يجنى لا رزق ولا نخل ولا غيره.

فأما ما كان بئراً أو عينا عليهما ما يجنى، فإن أبى العمل يجبر على أن يعمل مع شريكه أو يبيع من يعمل معه كالسفل لرجل والعلو لآخر فيهدم ذلك فإن صاحب السفل يجبر على أن يعمل معه فإن أبى يبيع عليه.

وقال عيسى في العتبية: يقال للآبى: إما أن تعمل وإما أن تبيع من يعمل معه ويجبر

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٢١، وقال: قول مالك هذا قول حسن، ورجحته له بذلك. وقول الكوفيين نحوه إلا أنهم قالوا: لا يكون ذلك إلا بقضاء قاض وحكومة حاكم، فإن أنفق دون قضاء الحاكم رغبة في أن يتميز له ما يريده من عمل حصته كان متطوعاً بنفقته، ولا شيء له على شريكه، وتأخذ حصته كاملة يعلها معه.

وقال الشافعي: لا يجبر الشريك على الإنفاق، ويقال لشريكه: إن شئت تطوع بالإنفاق، وإن شئت، فدع، وقضاء القاضي، وغيره في ذلك سواء؛ لأن ليس لأحد أن يلزم غيره ديناً، لم يجب عليه بغير رضا منه.

١٤ ..... كتاب المساقاة

على ذلك قال: وكذلك قال مالك، فيجىء على قول ابن القاسم أن ذلك على ثلاثة أضرب، إذا ما يسقى بالبر أو العين مقسوما، فمن شاء أن يبنى بنى ومن شاء أن يترك ترك وقاسه على الشريكين في الدار تنهدم وقاسه ابن نافع والمخرومى على صاحب السفلى والعلو وهو أظهر لأن شريكه في العين لا يقدر على الانتفاع به لقسمة الأصل كما لا يقدر صاحب العلو على بنیان علوه إلا بعد أن يبنى صاحب السفلى وصاحب الدار يقدر بعد المقاسمة على بنیان حصته من القاعة.

والضرب الثاني أن يكون مشاعا يقدر على مقاسمته، فإنه يؤمر الآبى أن يعمل مع صاحبه أو يقاسمه فيعود إلى حكم الضرب الأول.

والضرب الثالث أن يكون الذى يسقيان مما لا يصلح قسمته كثمرة نخلها أو زرع أرضها فهو الذى يجبر عند ابن القاسم على العمل مع شريكه أو على أن يبيع من يعمل معه فراعى في هذا بقاء الشركة بينهما وإذا روعى حق الطالب الذى يرد العمل، فإن المضرة تلحقه إذا انفرد زرعه وثمرته كما تلحقه حال الاشتراك فيجب أن يكون الحكم في ذلك سواء على ما رواه عيسى عن مالك.

مسألة: فإن عمل أحدهما دون الآبى؟ فقد قال ابن القاسم في الثلاثة الأضرب أنه يكون بالماء حتى يأتية شريكه بما يصيبه من النفقة، وهو قول مالك إلا أنه إذا أعطاه حصته من النفقة فقد صار منفقا معه وزالت العلة المانعة من ذلك وهو إبايته من النفقة.

فرع: فلو كان العامل قد اغتزل منها غلة كثيرة قبل أن يرد إليه حصته الآبى مما أنفق، فقد روى عيسى في العتبية أنه اختلف في ذلك، فقال محمد بن دينار في مسألة الرحا: للعامل من ذلك بقدر ما أنفق وما كان له قبل أن ينفق ويكون للآبى بقدر ما كان بقى له من ذلك، وهو قول ابن وهب.

وأما ابن القاسم فقال مرة: الغلة كلها للعامل دون الآبى حتى يعطى قيمة ما عمل. قال عيسى: وبهذا القول رأيت ابن بشير يحكم وبه أخذ، ثم قال ابن القاسم بعد ذلك في مسألة الرحا: يحاصه بما عمل فيما أنفق، فإذا استوفى ذلك رجع الآبى في حظه ولم يكن عليه شيء.

وجه قول ابن دينار أن مقدار ما كان بقى من منافع الرحا من هند وآلة لأصبغ فيه فمن اختار العمل، فعليه باقيه للآبى، وما زاد على ذلك، فإن للعامل غلته مع حصته مما بقى.

ووجه قول ابن القاسم الأول، وهو الذى اختاره عيسى أن حصة الآبى لم يكن ينتفع بها ولا غلة لها إلا بما عمله العامل، فكانت غلة ذلك كله للعامل حتى يعطيه الآبى حصته من النفقة كرقبة العين.

ووجه القول الثانى لابن القاسم أن الرحا والعين باقيا على ملك الآبى حصته منها يجب أن تكون له بذلك القدر من غلتها، وإنما كان ما أنفقته العامل فى ذلك إذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار، فإن الذى يرد سلفا لا يتعلق بذمة وإنما يتعلق بعين لا يتأتى لا يتأتى فيه، فإذا عاد إليه سلفه رجع الآبى إلى استيفائه.

فرع: فإذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار، فإن الذى يرد الآبى إلى العامل ما ينوبه من قيمة العمل يوم يدخل معه لا يوم عمله ولا ما ينوبه من النفقة التى أنفق إلا أن يكون ذلك بمحدثاته، قاله عيسى.

ووجه ذلك أنه لما كان الإنفاق له، فإن للآبى الرجوع لأنه من ذلك اليوم تكون له رقبته وغلته وأما قبل ذلك فإن رقبته وغلته للعامل كانتا، فكان له الزيادة وعليه النقص.

فرع: وإذا قلنا بقول ابن القاسم الثانى، فيجب أن يرد ما أنفق فى البنيان على وجه السد له؛ لأن الآبى يحتسب له بغلته من ذلك اليوم، فيجب أن تلزمه تلك النفقة ما لم يكن فيها غبن.

مسألة: وإذا غار ماء عين المساقى فإن ذلك يختلف، فإن انقطع قبل العمل وقبل أن ينفق شيئا فلا شيء على رب الحائط، فإن أنفق العامل على سدها، فلا شيء له فيما أنفق إلا ما للمتعدى من النقص وله حصته من الثمرة وإن كان بعد العمل.

فقد قال ابن المواز: إن عبد الملك فسرّه تفسيراً حسناً، فقال: يتوحي قدر ما لرب الحائط من الثمرة بعد طرح مؤنته فيها إلى وقت بيعها يتكلف أن يعجل وينفقه، فإن أعدم قيل للعامل أنفق ذلك القدر، وتكون حصته من الثمر رهنا بيدك، فذلك، وإلا فيسلم الحائط إلى ربه ولا شيء لك ولا له عليك.

مسألة: ومن اكترى أرضاً سنين ليزرعها، فإنهارت بثرها أو غار ماؤها، فإن لم يكن فيها زرع انفسخ الكراء، وليس له أن ينفق فيها شيئاً، قاله ابن حبيب.

ووجه ذلك أن هذا مانع طراً عليه قبل العمل، فلم يكن على رب الأرض إصلاحها لأنه لا يتلافى بذلك شيئاً، وهى للمكترى، وأما إن كان له فيها زرع وأن الذى يلزم

أن ينفق فيها كراء تلك السنة دون سائر السنين يقوم ذلك إن اختلفت قيم السنين أو على السواء إن تسوت، فإن كان المكترى لم ينقد الكراء، أنفق في إصلاح ذلك كراء تلك السنة وإن كان قد نقده، فعلى رب الأرض أن ينفقه، قاله ابن حبيب.

وقال ابن المواز: وإن كان قد أفلس قيل للمكترى أنفق سلفاً من عندك له، وإنما لم يكن له أن ينفق أكثر من كراء سنة؛ لأن السنة الباقية لم يعمل فيها شيئاً، فلم يلزم إنفاق كرائها، وإنما كراء السنة التي قد زرع فيها ليحيى زرعه والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإنما أعطى الأول الماء كله؛ لأنه أنفق، ولم يدرك شيئاً بعمله، لم يتعلق بالعمل من النفقة شيء» يحتمل أن يريد بقوله الماء كله ما استقر بعمله، ويحتمل أن يريد به جميع ماء العين ما بقى منه قبل العمل، وما زاد بالعمل، والأول أولى بالصواب، إلا أن يكون ما بقى منه لا يوصل إلى الانتفاع به لقلته، مع أن لفظ الحديث يقتضى أنه لم يبق من الماء شيء، وذلك أنه قال انقطع ماء العين وهذا إنما يعبر به عن ذهاب جميعه، وقال: إن ما قضى بالماء كله للعامل لأنه هو الذى أنفق، يريد أن بنفقته عاد الماء مع إنفاقه على وجه لو لم يعد الماء بنفقته لانفرد بالخسارة، ولم يكن له على الآبى شيء من ذلك، وهذا يقتضى انفراده بضمان النفقة والعلة تمنع الضمان، فوجب أن يكون أحق بالماء حتى يشاركه الآخر فى ذلك بأن يبدل له حصته من النفقة، فيعود إلى حصته من الماء للملكه للأصل.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا كَانَتِ النَّفَقَةُ كُلَّهَا وَالْمُؤْنَةُ عَلَى رَبِّ الْحَائِطِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى الدَّاحِلِ فِي الْمَالِ شَيْءٌ إِلَّا أَنَّهُ يَعْمَلُ بِيَدِهِ، إِنَّمَا هُوَ أَجِيرٌ يَبْعُضُ الثَّمَرِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَمْ إِجَارَتُهُ إِذَا لَمْ يُسَمَّ لَهُ شَيْئًا يَعْرِفُهُ وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ، لَا يَدْرِي أَثِقِلُ ذَلِكَ أَمْ يَكْثُرُ؟<sup>(١)</sup>

قَالَ مَالِكٌ: وَكُلُّ مُقَارِضٍ أَوْ مُسَاقٍ، فَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَسْتَتِنِيَ مِنَ الْمَالِ وَلَا مِنَ النَّخْلِ شَيْئًا دُونَ صَاحِبِهِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيرًا بِذَلِكَ، يَقُولُ: أَسَاقِيكَ عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي فِي كَذَا وَكَذَا نَخْلَةً تَسْقِيهَا وَتَأْبِرُهَا، وَأَقَارِضُكَ فِي كَذَا وَكَذَا مِنَ الْمَالِ

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستدكار ٢١/٢٢١، وقال: هذا قول كل من يميز المساقاة أنه لا يجوز إلا على سبتها، وأن العمل على الداخل لا رب الحائط، والقائم كل ما يحتاج إليه بالزرعة عند من يميزها.

عَلَى أَنْ تَعْمَلَ لِي بِعَشْرَةِ دَنَائِيرَ لَيْسَتْ مِمَّا أَقَارِضُكَ عَلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَنْبَغِي وَلَا يَصْلُحُ، وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا<sup>(٢)</sup>.

الشرح: قوله: «إنما قال: لا يصلح أن تكون النفقة والمؤنة على رب الحائط». لأن العامل يكون أجيراً؛ لأن المكافأة هي من جنية العامل بعمل مخصوص، وهو ما يتعلق بنماء الثمرة ويبقى له في الأصل بعد جد الثمرة عين ثابتة لينتفع بها، وكل بقعة في الحائط، فإن ذلك يؤدي لأن نفقته على الدواب والرقيق نوع من الإجارة على عملهم في الحائط، فإذا اشترط شيء من ذلك على رب الحائط فقد شرط عليه عمل، ولا يصح ذلك في المساقاة كما لا يصح في القراض لأن القراض؛ أصل للمساقاة، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «لا يصلح ذلك فإنه لا يدري كم إجارته» معناه أنه إذا خرج عن شبه المساقاة ثبت له حكم الإجارة التي يصح أن يكون منها جميع العمل على العامل وبعضه ويشترط عليه جميع الإنفاق أو بعضه، لكنه لا يصح إلا بالإجارة المعلومة المقدرة والمساقاة إنما تنعقد بجزء مذكور أو بجميع الثمرة، وهو قدر مجهول ولا يجوز أن ينعقد على أوسق مقدرة، ولا خلاف في ذلك نعلمه فما أفسد الإجارة من ذلك صحيح المساقاة وما صحيح المساقاة أفسد الإجارة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن سنة المساقاة أن يكون على العامل جميع العمل وجميع المؤنة والنفقة والأجراء والدلاء والحبال والآلات من حديد وغيره، لا أن يكون شيء من ذلك في الحائط يوم السقاء، فيستعين به العامل، وإن لم يشترطه، قاله في الواضحة.

ووجه ذلك ما قدمناه من مآل هذه المعاني كلها إلى العمل، وهو مما يختص بالعمل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن العمل يكون معلوماً، فما كان له عرف قام مقام الوصف، وما لم يكن له عرف فلا بد من وصفه من عدد الحرث والسقي وسائر العمل، فإن قصر عما شرط عليه، ففي العتبية عن سحنون فيمن ساقى حائطه على أن يحرثه ثلاث حرثات، فيحرثه حرثتين، قال: ينظر جميع العمل المشروط عليه من حرث وسقي وقطع وجنى، فينظر ما عمل هو مما ترك الثلث حط ثلث نصيبه.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٢٢/٢١، وقال: تشبيه مالك صحيح؛ لأن القول في المساقاة كالمعنى الواحد، لا تجوز في واحد منهما الزيادة على الخبر الذي يقع عليه الشرط، والعقد فيهما؛ لأنه إذا كان ذلك كان الأجر أن يكون ذلك الجزء مجهولاً.

## ١٨ ..... كتاب المساقاة

ووجه ذلك أن نصيبه من الثمرة في مقابلة جميع العمل، فإذا ترك بعضه حط من العوض بقدر ما ترك منه.

مسألة: ولو كان ما ترك من العمل قد وجد له بدل من فعل الله تعالى مثل أن يترك بعض السقى، فيغني عن ذلك المطر، ففي العتبية والموازية عن مالك: أنه لا يحاسبه رب الحائط بذلك.

ووجه ذلك أنه إنما دخل على أن يسقى الحائط ما احتاج من السقى، ولا يقدر ذلك بعدد، وإنما هو بحسب الحاجة وإذا سقاه المطر أو السيل لم يحتج إلى سقى آخر.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن الأجراء على ضربين: أجراء استأنف العامل استئجارهم، وأجراء كانوا في الحائط يوم المساقاة، فأما من استأنف العامل استئجارهم، فإن أجرتهم على العامل، وأما من كان فيه يوم المساقاة، فإن أجرتهم على رب الحائط، لا يجوز اشتراط أجرتهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم على العامل، قاله في الواضحة.

مسألة: وعلى العامل رم قصبه البئر وحباله وقواديسه ومؤنة الماء والحديد لعمله، فإذا انقضى عمله كان ذلك له، رواه ابن المواز.

ووجه ذلك أن هذه معان تتكرر، وكذلك ما يعمل به من الحديد، فإنه يتكرر إصلاحه وهو من الآلات الموصوفة في العمل، وكانت من الذى يلزم العامل وما كان عملاً ثابتاً كالبناء الذى يبقى، وإنما يعمل مرة لخراب طراً عليه أو لاستتفاف عمل، فذلك من الأصول الثابتة، فهي على رب الحائط.

مسألة: وعلى العامل فى الثمر جداده بعد أن يتمر وفى التين والكرم قطافه وتبييسه فى مساقاة الزرع. قال ابن القاسم فى المدونة: حصاد الزرع ودرسه على العامل. قال ابن سحنون فى العتبية: على العامل تهذيبه، وذلك أن هذا كله من العمل الذى يلزم فيه قبل أن ينتهى إلى حال إسقامه والصفة التى يدخر عليها، فيجب أن يكون ذلك على العامل.

وأما الزيتون، فقد قال سحنون: عن ابن القاسم على العامل عصره إذا كان ذلك غالب عمل ذلك البلد. قال سحنون: ومنتهى عمله فيه جنيته. وفى كتاب ابن المواز: إن لم يشترط على أحد فهو بينهما.

وجه قول سحنون أن جناه صبره على صفة تمكن قسمته ويدخر عليها غالباً.



قَالَ مَالِكٌ: وَالسُّنَّةُ فِي الْمُسَاقَاةِ الَّتِي يَجُوزُ لِرَبِّ الْحَائِطِ أَنْ يَشْتَرِطَهَا عَلَى الْمُسَاقِي: شَدُّ الْحِطَارِ، وَخَمُّ الْعَيْنِ، وَسَرُّ الشَّرْبِ، وَإِبَارُ النَّخْلِ، وَقَطْعُ الْجَرِيدِ وَجَدَ الثَّمَرِ هَذَا وَأَشْبَاهُهُ عَلَى أَنَّ لِلْمُسَاقِي شَطْرَ الثَّمَرِ أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ إِذَا تَرَاثَيَا عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ صَاحِبَ الْأَصْلِ لَا يَشْتَرِطُ ابْتِدَاءَ عَمَلٍ جَدِيدٍ يُحْدِثُهُ الْعَامِلُ فِيهَا مِنْ بَثْرِ يَحْتَفِرُهَا أَوْ عَيْنٍ يَرْفَعُ رَأْسَهَا أَوْ غِرَاسٍ يَغْرِسُ فِيهَا، يَأْتِي بِأَصْلٍ ذَلِكَ مِنْ عِنْدِهِ أَوْ ضَعِيفَةٍ يَبْنِيهَا تَعْظُمُ فِيهَا نَفَقَتُهُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَقُولَ رَبُّ الْحَائِطِ لِرَجُلٍ مِنَ النَّاسِ ابْنِ لِي هَاهُنَا يَتْنَا أَوْ اخْفِرْ لِي بَثْرًا أَوْ أَجْرِ لِي عَيْنًا أَوْ اْعْمَلْ لِي عَمَلًا يَنْصِفُ ثَمَرَ حَائِطِي هَذَا، قَبْلَ أَنْ يَطِيبَ ثَمَرُ الْحَائِطِ، وَيَحِلَّ بَيْعُهُ، فَهَذَا يَبِيعُ الثَّمَرَ قَبْلَ أَنْ يَيْدُو صَلَاحَهُ، وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَيْدُو صَلَاحُهَا<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا إِذَا طَابَ الثَّمَرُ وَبَدَا صَلَاحُهُ وَحَلَّ بَيْعُهُ، ثُمَّ قَالَ رَجُلٌ لِرَجُلٍ: اْعْمَلْ لِي بَعْضَ هَذِهِ الْأَعْمَالِ لِعَمَلٍ يُسَمِّيهِ لَهُ يَنْصِفُ ثَمَرَ حَائِطِي هَذَا، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، إِنَّمَا اسْتَأْجَرَهُ بِشَيْءٍ مَعْرُوفٍ مَعْلُومٍ قَدْ رَأَاهُ وَرَضِيَهُ، فَأَمَّا الْمُسَاقَاةُ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْحَائِطِ ثَمَرٌ أَوْ قَلَّ ثَمَرُهُ أَوْ فَسَدَ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ، وَأَنَّ الْأَجِيرَ لَا يُسْتَأْجَرُ إِلَّا بِشَيْءٍ مُسَمًّى لَا تَحْزُزُ الْإِجَارَةُ إِلَّا بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْإِجَارَةُ بَيْعٌ مِنَ الْبُيُوعِ، إِنَّمَا يَشْتَرِي مِنْهُ عَمَلَهُ، وَلَا يَصْلُحُ ذَلِكَ إِذَا دَخَلَهُ الْغَرَرُ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ<sup>(٢)</sup>.

الشرح: قوله: «مما يجوز اشتراطه على العامل شد الحظار» والحظار هو ما يحظر به على الحظيرة وهو الحائط وغيره وهو الذى يسمى الزرب، فما انثلم منه، جاز أن يشترط على العامل سد ذلك الثلم.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢٢.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٢٣، وقال: أراد مالك، رحمه الله، بكلامه هذا بيان الفرق بين المساقاة، والإجارة، وأن المساقاة ليست من الإجارة فى شىء، فإنها أصل فى نفسها كالقراض، لا يقاس عنده عليها شىء من الإجازات. وإن الإجارة عنده بيع من البيوع، لا يجوز فيها الغرر، وقوله فى ذلك كله هو قول جمهور العلماء. ومنهم من يأبى أن يجعل الإجارة من باب البيوع، وهو قول أهل الظاهر؛ لأنها مناع لم تخلق.

٢٠ ..... كتاب المساقاة

ويروى سد الحظار، ومعناه أن يسترخى رباطه، فيشترط على العامل شده، وخم العين تنقيتها. قال ابن حبيب: وهو كنسها، وسرو الشرب، هو الكنس، والشرب الحوض حول النخلة والشجرة ليبقى فيه الماء السقى قال زهير:

يخرج من شربات ماؤها طحل على الجزوع يخفن الغم والغرقا  
وهذا كله من العمل الذى ينمى الثمرة ويوصل إلى صلاحها، وقد روى فى سرو الشرب، وهو جلب الماء الذى يسقى به من مستقره إلى الأصل الذى يسقى به. قال ابن حبيب: سرو الشرب: تنقية الحياض التى يكون حول الشجر وتحصين حروفها، ومجىء الماء إليها وزم القف، وهو الحوض الذى يفرغ فيه الدلو ويجرى منه إلى الظفيرة.

وقد قال ابن حبيب: إن سرو الشرب على العامل، وإن لم يشترط عليه، وأما خم العين وزم القف، فإنه يجوز أن يشترط عليه، وإن لم يشترط عليه، فهو على رب الحائط.

مسألة: واستحب مالك من رواية أشهب عنه أن يشترط على العامل إصلاح القف، قال فى العتبية: حرف القف وإصلاح كف الزرنوق قيمته الدرهمات أو الدينار وهو على رب الحائط إن لم يشترط.

وروى عنه أشهب أيضاً أنه لا يشترط مع العامل إصلاح كسر الزرنوق. ووجه ذلك أن يحتاج إلى صلة لها قيمة وثمان كبير.

مسألة: ويجوز أن يشترط على العامل عصر الزيتون، رواه عيسى عن ابن القاسم، وفى كتاب محمد: عصر الزيتون على شرطهما. وروى ابن القاسم عن مالك فى المدونة مثل ذلك، وفسره ابن القاسم بأنه إن شرط على العامل، فذلك جائز، وإن شرط أن يقاسمه الزيتون جاز، ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط عصر حصة العامل، وإنما جاز ذلك على العامل لأنه منتهى كالجداد؛ لأن معظم ما يدخر بعد العصر.

مسألة: ولا بأس أن يشترط على العامل الزكاة؛ لأنه جزء معلوم، قاله مالك فى العتبية والموازية، وقال الشيخ أبو إسحاق: وقد اختلف فى اشتراط رب الحائط الزكاة على العامل فى حصته فأجيز وكره، وإجازته أحب إلى.

قال مالك فى المدونة والعتبية والموازية: ولا يشترط ذلك على صاحب الحائط، وقال محمد: ذلك جائز، وحكاه أبو القاسم بن الجلاب وعن المذهب جوازه بلغ الحائط الزكاة أو لم يبلغ.

وقال ابن القاسم في المدونة: قال لى مالك: يجوز اشتراطه على العامل، وهذا عندى مثله وجه جواز ذلك فى الوجهين ما استدلل به فى جواز ذلك اشتراطه على العامل أنه إذا اشترطه على العامل، فقد شرط لنفسه خمسة أجزاء وللعامل أربعة أجزاء وكذلك إذا اشترطه على صاحب الحائط، والفرق بينهما على قوله: يجوز اشتراطه على العامل ومنع اشتراطه على رب الحائط.

فرع: فإن شرطه على العامل، ولم يبلغ ثمر الحائط الزكاة، فلرب المال من حصة العامل الزكاة عند الجميع أو نصف عشره. وقال ابن عبدوس: يقتسمان الثمرة على تسعة أجزاء للعامل منها أربعة، ولصاحب الحائط خمسة.

وقال سحنون: يقسم الثمرة عشرة أقسام للعامل أربعة ولصاحب الحائط خمسة، ثم يقتسمان الجزء الثانى بينهما بنصفين.

مسألة: ولا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط على العامل حمل نصيبه إلى منزله، ولا خير فيه، ولو كان من القرب على ميل، إلا أن يكون شئ ليس مؤنة. رواه عيسى عن ابن القاسم، وقاله أصبغ.

ووجه ذلك أنه اشترط زيادة على العامل بعد القسمة، فلم يجوز ذلك كما لو شرط عليه مالاً.

مسألة: وأما إبار النخل، قال ابن حبيب وغيره: هو تذكيرها، ففى المدونة قال ابن القاسم: التلقيح على العامل، وإن لم يشترط عليه؛ لأن مالكاً قال: جميع عمل الحائط، وكذلك الجداد.

فصل: وقوله: «على أن للعامل شطر الثمر أو أقل أو أكثر إذا تراضيا عليه» يريد أن المساقاة جائزة على أى جزء اتفقاً عليه، وعلى أن يكون للعامل جميع الثمرة؛ لأنه أكثر من النصف، وقد رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة. ووجه ذلك بناء على تجويز القراض على جميع الربح للعامل.

فصل: وقوله: «غير أنه لا يشترط على صاحب الأصل ابتداء عمل جديد من بثر يحفرها أو عين يرفع رأسها» يريد أن تكون العين لانخفاضها لا يصل مأوها حيث يريد فيبنى حوالها بنيانا يرفعه فيصل من أعلى ذلك البنيان إلى حيث يريد: قال: أو غراس يغرسه يأتى من عنده، معناه أن يشترط على العامل غرساً يأتى به من عنده ويغرسه فى أرضه وحائطه، فإن ذلك لا يجوز.

ورواه ابن المواز عن مالك، قال محمد: إن كان يسيراً أجزت المساقاة، وأبطلت الشرط وإن كان كثيراً، لم يجوز. قال مالك: ولو شرط العمل عليه في ذلك فقط، ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط، فإن كان يسيراً لا تعظم فيه النفقة، فجائز، وإن كان كثيراً لم يجوز.

فرع: فإذا وقع ذلك على الوجه الذي لا يجوز، فقد روى ابن المواز عن مالك أنه أجزبه له أجره مثله: قال عيسى: إن كان العمل الكثير من العمل دون الأصل، رد إلى مساقاة مثله، ولو أتى العامل بالودي؛ لرد إلى أجره مثله، ويعطى قيمة غرسه مقلوعاً كما لو جاء به.

فصل: وقوله: «أو ظفيرة يبنها يعظم فيها النفقة» الظفيرة محبس الماء كالصهريج، وإنما شرط عليهم النفقة فيها؛ لأنه إن لم يكن فيها إلا إصلاح يسير كجبر بعض حروفها، جاز اشتراط ذلك على العامل، والمساقاة بينة على أن ما كان من العمل مما يحتاج إليه الثمرة ويبقى بعد الجداد مما يلزم رب الحائط، فإنه يجوز اشتراط يسيره على العامل، ولا يجوز اشتراط كثيره، وهو متفق، فإن كان مما لا تحتاج إليه الثمرة، فهو أيضاً على قسمين، قسم فيه مجرد العمل، وقسم العمل بعينه، فأما مجرد العمل، فقد جوز مالك وأصحابه يسيره وأما الإيتان بالمنع، فمنع منه مالك، وجوزه ابن المواز.

فصل: وقوله: «وإنما ذلك بمنزلة أن يقول لأجنبي: احفر لي بئراً، أو احفر لي عينا بنصف ثمرة حائطي قبل أن يبدو صلاحها، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها» معناه أن عمل المساقاة مختص بالثمرة على وجه لا يبقى بعد تمام المساقاة، وإنما يكون إجارة بثمر لم يبد صلاحه، ولا يجوز ذلك؛ لأنه يبيع له قبل بدو صلاحه. وقد نهى النبي ﷺ عن بيعه قبل بدو صلاحه.

فصل: وقوله: «ولو كان ذلك بعد أن بدا صلاحه وحل بيعه، فقال له: اعمل لي بعض هذه الأعمال لعمل معروف بنصف هذه الثمرة، فلا بأس بذلك؛ لأنها إجارة بشيء معروف» يريد أنه لو بدا صلاحه لصحت الإجارة به وهذه الأعمال الباقية بعد الثمرة يجوز أن يستأجر عليها بثمره يجوز بيعها والمساقاة تجوز في ثمرة لم يبد صلاحها إلا أنه لا يجوز في أعمال تبقى بعد الثمرة، لاسيما إذا كانت لها قيمة ويكلف فيها مؤنة ونفقة.

قَالَ مَالِكُ: السُّنَّةُ فِي الْمُسَاقَاةِ عِنْدَنَا أَنَّهَا تَكُونُ فِي أَصْلِ كُلِّ نَخْلٍ أَوْ كَرْمٍ أَوْ

زَيْتُونٍ أَوْ تَيْنٍ أَوْ رُمَّانٍ أَوْ فَرْسِكٍ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَصُولِ، جَائِزٌ لَا بِأَسٍ بِهِ عَلَى أَنَّ لِرَبِّ الْمَالِ نِصْفَ الثَّمَرِ مِنْ ذَلِكَ أَوْ ثُلُثَهُ أَوْ رُبْعَهُ أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْمُسَاقَاةُ أَيْضًا تَجُوزُ فِي الزَّرْعِ إِذَا خَرَجَ وَاسْتَقْلَّ، فَعَجَزَ صَاحِبُهُ عَنْ سَقْيِهِ وَعَمَلِهِ وَعِلَاجِهِ، فَالْمُسَاقَاةُ فِي ذَلِكَ أَيْضًا جَائِزَةٌ<sup>(٢)</sup>.

الشرح: قوله: «السنة عندنا في المساقاة أنها تكون في أصل كل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو فرسك» يريد الخوخ، قال: «وما أشبه ذلك من الأصول جائز، لا بأس به». وقال الشافعي: لا تجوز المساقاة إلا في النخل والكرم.

والدليل على ما نقوله أن هذا شجر مثمر له أصل ثابت، فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم.

مسألة: وإذا كانت الثمار بعلا، لا تسقى، وإنما فيها من العمل الحرث، فقد قال ابن القاسم: مساقاتها جائزة.

ووجه ذلك أن الحرث عمل تزكو به الثمار ولا تزكو دونه، فجازت المساقاة على عمله كالسقى. وقال في الواضحة: تجوز مساقاة شجر البعل، وإن لم يكن فيها عمل ولا مؤنة؛ لأن لها حراسة وجداد، فجعل المساقاة فيما لا يحتاج إلى الحرث وصحح المساقاة بالحراسة والجداد، ومثل هذا يوجد في الزرع.

وتجوز المساقاة في النخلة والنخلتين، قاله مالك في المدونة، قال: وكذلك الشجر كله. ووجه ذلك أن العقد إذا جاز في كثير الجنس، جاز في قليله كالإجارة.

مسألة: واختلف في مساقاة المرسين، وهو الريحان، يريد الآس، فأجازه ابن وهب، قاله أصبغ، ومنعه ابن القاسم ثم أجازه، وثبت على إجازته، واختار محمد منعه، قال: لأنه لا يجز كالوز والقصب إلا أن تكون أشجاره ثابتة، وإنما تقطع منها أغصانها الثابتة كالسدر.

وقال أصبغ في العتبية عن ابن القاسم: قيل أن أصوله تعظم وتقيم الستين ويجد

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٢٦.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٢٧.

٢٤ ..... كتاب المساقاة

الشتاء والصيف، وليس له إبان فيجد ثم ينقطع، فإذا كان يجد هكذا كل وقت، لم تجز مساقاته، لأنه يحل بيعه إذا بدا أوله.

مسألة: وتجوز مساقاة الورد والياسمين والقطن، قاله مالك في المدونة: زاد ابن المواز في الورد والياسمين وإن لم يعجز عنه صاحبه.

ووجه ذلك أن لهذا أصلاً باقياً وساقاً ثابتاً، فصحت المساقاة فيه دون عجز عن الشجر.

مسألة: فأما مساقاة الزرع، فقد قال مالك في المدونة: تجوز مساقاة الزرع إذا استقل عن الأرض وعجز عنه صاحبه، فإن لم ينبت بعد، لم تجز مساقاة؛ لأنه بذر، ذكره ابن حبيب عن لقي من أصحاب مالك، سواء عجز عنه أو لم يعجز.

ووجه ذلك أنه ليس له أصل بعد، وإنما هو بذر، قال: فإن وقع، فالزرع لصاحبه وللعامل أجره مثله.

مسألة: وإذا طلع وعجز عنه صاحبه، جازت المساقاة فيه، فإن لم يعجز عنه صاحبه أو لم يستقل، لم يجز ذلك فيه، قاله ابن القاسم عن مالك، وقال ابن نافع في كتاب ابن سحنون: تجوز المساقاة في الزرع، وإن لم يعجز عنه صاحبه. قال ابن عبدوس أى لا تجوز المساقاة في الزرع.

وجه قول مالك أن الزرع ليس له أصل ثابت ومدة العمل فيه يسيرة، والنخل ليس لها أصل ثابت ويستدام العمل فيه مدة يسيرة إن شاء ترك الأرض أو أخرها، ولم يتكلف تعباً ولا عملاً فيها، فلذلك اختصت المساقاة بالشجر لهذه الضرورة، ولم تجز في الزرع لهذا المعنى لعدمها فيه، وإنما جازت فيه لضرورة العجز. وجه قول ابن نافع أن ما جازت فيه المساقاة جازت لغير العجز كالنخل.

فرع: ومعنى العجز عن الزرع، أن يعجز عن عمله الذي يتم به أو ينمو أو يبقى، فإن كان له ماء، فقد يكون عاجزاً، قال ابن القاسم في المدونة لأن الماء لا بد له من البقر والأجراء، قيل فإن كان الماء سيحاً، قال: إن علم أنه عاجز جازت المساقاة.

وقال في الواضحة: إذا عجز صاحبه عن عمله، وهو يعمل وله عمل ومؤنة، إن ترك خيف عليه التلف، جازت مساقاته، وإن لم يكن فيه عمل ولا مؤنة ولا حراسة، وهو يعمل، فلا تجوز مساقاته.

وأما الشجر البقل، فتجوز فيه المساقاة، وإن لم يكن فيها عمل ولا مؤنة؛ لأن لها حراسة وجداداً، وهذا الذى قاله مثله فى الزرع؛ لأن فيه دراسة وحصاداً إلا أن يريد الحصاد وحده لا يؤثر، وإنما يؤثر إذا انضم إليه الحراسة والنخل يحتاج إلى حراسة منذ يصير بلحاً كبيراً إلى أن يصير تمراً يتسرع الناس إليه والزرع لا يحتاج إلى ذلك إلا مخافة المواشى، وقد يكون فى موضع يأمنها، وأما الحرث فلا يتصور فى الزرع، وهو إن كان لا بد منه فى الشجر، فقد تصح المساقاة بعد أن أتى بذلك.

فرع: فإن كان الزرع بعلاً، قال ابن القاسم فى المدونة: إن كان يحتاج من المؤنة ما يحتاج إليه شجر البقل، وإن ترك خيف أن يضيع، فلا بأس به، وإن لم تكن له مؤنة ولا عمل فيه، لم تجز مساقاته، إنما يقول: احفظه لى واحصده وأدرسه لك على أن لك نصفه.

قال ابن القاسم: فلا يجوز عندي لأنها أجرة، وإنما جاز فى الشجر البقل للضرورة وهذا لا ضرورة فيه، وهذا الذى ذكره ابن القاسم يحتاج إلى تفسير؛ لأنه يقال له وفى النخل إذا قال له: واحفظه لى وحده، ولك نصفه، فيجب أن لا يجوز.

والفرق بينهما ما قدمنا الإشارة إليه أن المساقاة لا تجوز إلا فى المال الذى ينمو إلا بالعمل ولا يجوز أن يستأجر لمنفعته المقصودة، ويجب أن يكون ذلك العمل يلزم فيه قبل بدو الصلاح، وهذا يتصور فى الأشجار؛ لأنها لا بد لها من حرث وتقسيم وسد حظائر مع كونها من البعل.

وأما الزرع، فإنه لا تجوز فيه المساقاة إلا بعد استقلاله عن الأرض، فإن كان بعلاً، فلا يحتاج بعد ذلك إلى عمل أن يبدو صلاحه ويجوز بيعه وتلك حال لا تجوز فيها المساقاة مع أن الزرع تقصر مدته ولا يستدام العمل فيه، وقد قدمناه ذكره.

مسألة: وما كان بمثابة الزرع مما الغرض فى حبه دون بقلة، فهو بمنزلة الزرع، قاله ابن القاسم فى الكمون. وقد روى سحنون عن ابن القاسم: تجوز المساقاة فى العصفور، وكان يجب أن يكون حكمه حكم الكمون إذ ليس من شجرة باقية والمقصود منه نواره.

مسألة: وأما المقائىء فجوز مالك فيها المساقاة كالتين والجميز والقطن والمقائىء وإن كان بطناً بعد بطن، فلعل هذا الجواز بأن الثمرة تؤخذ منه، وأصله ثابت احترازاً من القصب الحلو والموز الذى يبقى له أصل بعد أخذ ثمرته، وكذلك الزعفران والريحان الذى هو من جنس الأحباق والبقل والقصب والقرط، ولذلك منع المساقاة فيه، وعلل

٢٦ ..... كتاب المساقاة

فى الواضحة تجويز المساقاة فى المقائى لتفاوت طبيها، والله أعلم، أن بطونها لا تنفصل، وشبهه بالتين الذى يطيب بعضه بعد بعض.

قال: وليس شىء بعد شىء كالقصب، يريد أنه تتميز بطونه كتميز بطون القصب والموز وأما القطن، فإن كان يزرع فى كل سنة بمنزلة المقائى والعصفر، وإن كان يبقى أصله، وهو الذى يسمى العادى فهو بمنزلة الورد والياسمين.

مسألة: وأما الموز، فقد قال مالك فى المدونة: لا تجوز المساقاة فى الموز. قال ابن القاسم: وإن عجز عنه صاحبه. قال مالك فى الموازية وكل ما يجذ ويخلف مثل القصب والموز والقرط وشبهه من البقول لا تجوز مساقاته.

وجه ذلك أنه اجتمعت فيه معان مؤثرة فى منع المساقاة من أنه ليس له ساق كالشجر الذى هو أصل فى المساقاة، ولا هو بمنزلة الزرع الذى إنما يوجد مرة فى السنة إذا أخذ لم يبق أصل يخلف، والموز له أصل، وهذا حكم ما كان بمنزلة الموز فى ذلك كالقصب والقرط.

مسألة: المغيبة كلها مما لا يدخر، فهو كالبقل. قال ابن عبد الحكم أحب إلينا، وقد اختلف فيه، قال ابن المواز: وكذلك الرياحين. وقال ابن حبيب: لا تجوز مساقاة فى البقول كلها؛ لأنه يجوز بيعها إذا بدا صلاحها أو لها كالموز، وليس كذلك كالمقائى؛ لأن ذلك نبات واحد يتقارب طبيه.

وروى ابن حبيب عن ابن القاسم: وأما الزعفران والريحان والبقل والقصب والقرط، فلا تجوز فيه المساقاة، وجعل قصب السكر كذلك، قال الشيخ أبو محمد: ورأه اختلافًا من قوله.

وقال ابن القاسم فى الموازية: البقل مثل الفجل واللفت والبصل وشبهه تجوز المساقاة فى البطيخ، والأصول المغيبة كلها عجز عنها صاحبها أو لم يعجز، فأما قول مالك: لا يساقى شىء من البقول، فإن عنى به الكزبر والقطف والخضر التى تؤكل، فإن تلك إذا استقلت جاز بيعها، وإلى هذا التعليل أشار ابن حبيب.

وأيضًا فإنه إنما المقصود منه ما ظهر من ورقه دون برز يكون فيه، وما كان بهذه الصفة فلا مساقاة فيه، وأما ما كان من الأصول المغيبة، فإن المقصود منها أن لا يظهر من الأرض والمساقاة مختصة بما كان ظاهرًا على الأرض، وبذلك يختص السقى بالشجر، ولا يجوز فى الزرع، وإن عجز عنه صاحبه إلا بعد أن يظهر.



ووجه تجويز ابن القاسم له أن المقصود منه قد ثبت له أصل وللعمل فيه غاية ينتهى إليها، وتنال ثمرته فيها، ولا يبقى له ما يجلب كالزراع.

مسألة: وأما قصب السكر، فقد قال مالك: تجوز فيه المساقاة إذا ظهر وعجز عنه صاحبه، ومنع منه فى الواضحة ابن القاسم.

وجه الحواز أنه إنما تؤخذ ثمرته مرة فى السنة كالزراع. ووجه المنع أنه مما يخلف أصله كالموز والقصب.

قَالَ مَالِكٌ: لَا تَصْلُحُ الْمُسَاقَاةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَصُولِ مِمَّا تَحِلُّ فِيهِ الْمُسَاقَاةُ إِذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ قَدْ طَابَ وَبَدَأَ صَلَاحُهُ وَحُلٌّ بَيْعُهُ، وَإِنَّمَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَاقَى مِنَ الْعَامِ الْمُقْبِلِ، وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ مَا حُلَّ بَيْعُهُ مِنَ الثَّمَارِ إِجَارَةٌ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا سَاقَى صَاحِبِ الْأَصْلِ ثَمَرًا قَدْ بَدَأَ صَلَاحُهُ عَلَى أَنْ يَكْفِيَهُ إِيَّاهُ، وَيَجُذُّهُ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الدَّنَائِيرِ وَالْدَّرَاهِمِ يُعْطِيهِ إِيَّاهَا، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِالْمُسَاقَاةِ، إِنَّمَا الْمُسَاقَاةُ مَا بَيْنَ أَنْ يَجُذَّ النَّحْلُ إِلَى أَنْ يَطْيِبَ الثَّمَرُ وَيَحِلَّ بَيْعُهُ<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ سَاقَى ثَمَرًا فِي أَصْلٍ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ، وَيَحِلَّ بَيْعُهُ، فَتِلْكَ الْمُسَاقَاةُ بِعَيْنِهَا جَائِزَةٌ<sup>(٢)</sup>.

الشرح: قوله: «لا تحل المساقاة فى شىء تجوز فيه المساقاة إذا طاب ثمره وحل بيعه» يريد أن كل شىء تجوز فيه المساقاة وإنما يجوز ذلك فيها ما لم يبد صلاح ثمرته ويحل بيعه للضرورة التى ذكرناها، فإذا حل بيعه ارتفعت لضرورة، فلم تجز المساقاة؛ لأنه يجوز له تعجيل نفعه ببيعته أو الإجارة عليه؛ لأنه لما جاز بيعه جازت الإجارة به وللأشجار أحوال، حال قبل أن تكون فيها ثمرة، ويجوز عند مالك فيها المساقاة. وقال الشافعى فى أحد قوليه: لا يجوز ذلك.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٩/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٢٩/٢١، وقال: قد كرر هذا المعنى، وهو مفهوم جدًا، وكل من أجاز المساقاة لم يجزها إلا فيما لم يخلق، وفيما لم يبد صلاحه من الثمار، ويعمل العامل فى الشجر من الحفر، والزبر، وسائر العمل ما يحتاج إليه، وتصلح ثمرتها به على حد ما يخرج به الله فيها من الثمر كالقراض، يعمل العامل فى المال حد ما يرزقه الله فيه من الربح، وهذان أصلان مخالفان للبيع، وللإجازات، وكل عندنا أصل فى نفسه، يجب التسليم له، والعمل به.

والدليل على ما نقوله قول النبي ﷺ لأهل خيبر: «أقركم ما أقركم الله عز وجل على أن الثمرة بيننا وبينكم» (\*) فعقد مساقاة لأعوام، فلا يخلو أن تكون في النخل حيثئذ ثمرة أو لا تكون فيها ثمرة، فإن كان فيها ثمرة، فقد تناول عقد المساقاة ما بعد ذلك العام من الأعوام وثمره تلك الأعوام معدومة، وإن لم يكن فيه ذلك الطعام يعد ثمرة فلم يتناول العقد عامًا إلا وثمرته معدومة.

مسألة: وإن كان فيها ثمرة لم يبد صلاحها، فتلك التي تجوز فيها المساقاة دون خلاف بين من يجزها، وإن كان فيها ثمرة قد بدا صلاحها، فقد قال مالك فيها ما تقدم.

فرع: فإن وقعت المساقاة، فقد قال مالك: تجوز فيه الإجارة، ولم تجز مساقاته؛ لأنه ترك في إزهاء الثمرة شيئًا معلومًا، ويرجع إلى المساقاة، ويفسخ العقد ما لم تفت ولا يكون إجارة، ومعنى الإجارة أن المساقاة تتضمن أن على الداخل النفقة على رقيق الحائط وجميع ما يلزم العامل من المؤمن والنفقات، وإن لم يكن ذلك معلومًا ولا يجوز في الإجارة.

وقال سحنون: لا يبطل العقد ويحمل على الإجارة، ولا تبطل المساقاة فيه؛ لأن ما يعطاه المساقى غير مكيل على ما قاله بعض من تكلم في ذلك من أهل بلدنا؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز بيع نصف ثمر حائط وما يجوز بيعه يجوز الاستئجار به، وجوز الشافعي في أحد وقوليه: المساقاة في الثمرة بعد بدو صلاحها.

والدليل على ما نقوله أن ما يجوز بيعه لا تجوز المساقاة فيه كالذي يبدو صلاحه من الثين وغيره من الأشجار.

مسألة: ومن ساقى حائطًا قد أزهرت ثمرته لهذه السنة وسنين بعدها، فقد قال مالك في المدونة: يفسخ إن أدرك قبل أن تجد الثمرة أو بعدها جدها؛ لأنه إلى هذا الموضع له نفقته التي أنفق وعمل مثله على رب الحائط، وهذا يقتضى أنه لا يكون له النفقة، وإنما يكون له أجرة مثله وما أنفق.

فرع: وإن عمل في النخل بعد ما جد الثمرة، لم يكن على رب المال أن ينزعه منه حتى يستكمل السنتين كليهما، قاله في المدونة، وقال: لأنه قد عمل في الحائط والنخل قد ينقض حملها في عام، ويزيد في آخر، فإن لم يستوعب السنتين ظلم أحدهما،

(\*) تقدم تحريجه في الحديث رقم ١٣٧٠.

كتاب المساقاة ..... ٢٩

وأصل هذا أن المساقاة الفاسدة التي يرجع فيها إلى مساقاة المثل، فإنه يفسخ ما لم يعمل العامل، فإذا عمل لم يفسخ، وما يرد إلى أجرة المثل، فيفسخ عمل أو لم يعمل، قاله ابن حبيب، فجعل الفوات بابتداء العمل في وقت تصح فيه المساقاة.

وفى كتاب ابن المواز: أدرك قبل مجيء ثمرة قابل فسخ وأخذ إجارة مثله ونفقته، وإن لم يفسخ حتى أتت ثمرة قابل لم يفسخ إلى بقية السنتين، فجعل الفوات بظهور ثمرة عام من أعوام المساقاة، ولا يلزم هذا في قوله إنه تجوز المساقاة في الثمرة المزهية وتكون إجارة، لأنه لما جمع في عقد واحد عقد إجارة وعقد مساقاة، لم يجز؛ لأنه ازباد من أحدهما في المساقاة، وإنما يجوزه سحنون إذا انفرد.

وقد قال في الموازية في الحائط تكون فيه أنواع مختلفة حل بيع بعضها ولم يحل بيع سائرهما، فجمع ذلك في المساقاة، قال: وإن كان الذي أزهى في الحائط الأقل، جازت، وإن كثر لم يجز فيه ولا في غيره.

ومعنى ذلك جمع الإجارة والمساقاة في عقد واحد على قول سحنون، وعلى قول مالك وابن القاسم؛ لأن عقد المساقاة فيما قد أزهى من الثمرة فاسد ففسد ما قاربه.

فصل: وقوله: «وإنما ينبغي أن يساقى في العام المقبل» يحتتمل أن يريد وقوع العقد بعد جد الثمرة التي أزهت، ويحتتمل أن يريد أن يعقد؛ لأن العقد للعام المقبل، فيكون أوله بعد الجداد للثمرة المزهية، وإنما يجوز عقد المساقاة في عام أول العام بعده؛ لأنه عقد لازم مع قرب المدة.

فصل: وقوله: «وإنما مساقاة ما حل بيعه من الثمار إجارة» يحتتمل وجهين، أحدهما: أنه يصح فيه بدل عقد المساقاة عقد الإجارة، فأما الإجارة، فلا تجوز فيه لما قدمناه.

ويحتتمل أن يريد أن حكمه حكم الإجارة، وأن العقد بلفظ المساقاة، ولذلك قال: إنما يساقيه ثمرًا بدا صلاحه على أن يكفيه إياه ويجده له كما لو أعطاه على ذلك دنائير أو دراهم، وليس ذلك بمساقاة، يحتتمل أن يريد، وليس في وقت المساقاة.

فصل: وقوله: «وإنما المساقاة ما بين أن يجد النخل إلى أن يطيب ثمره» يريد أن هذه المدة التي تجوز فيها المساقاة، ويحتتمل أن يريد أنها المدة التي تثبت لما انعقد فيها بلفظ المساقاة حكم المساقاة.

وقوله بعد ذلك: «فتلك المساقاة جائزة» يدل على أنه أراد بقوله: إن المساقاة ما حل

٣٠ ..... كتاب المساقاة

بيعه من الثمار إجارة أن مساقاته لا تجوز، وإنما يجب أن تعقد فيها الإجارة، والله أعلم.

مسأله: ومن ساقى حائطاً يعمل فيه بثمره حائط آخر، قال مالك فى الموازية: لا تجوز إلا أن تكون ثمرة الآخر قد أزهرت، فهى إجارة، فإن لم تزه فهى مساقاة، وهذا المسألة تدل من قول مالك على أن الإجارة تتعقد بلفظ المساقاة وقد تقدم ذكر احتمال اللفظ بهذا القول ولإبطال العقد.

وقد قال بعض القرويين: إنما منع ابن القاسم مساقاة ما أزهى، ولم يجعل ذلك إجارة لأن عرف المساقاة أن لا يأخذ أحدهما شيئاً إلى جداد الثمرة، وكان كل واحد منهما شرط على صاحبه أن لا يقاسمه ولا يتصرف فى نصيبه إلا عند القسمة بعد الجداد، وهو فى الإجارة لو شرط هذا لم يجوز.

وإنما يجوز أن يستأجره ببعضه إذا كان لكل واحد منهما أن يقاسم ويتصرف فى نصيبه ما شاء، فإن اعترض على ذلك بقوله فى كتاب الشفعة فى بيع أحد المساقين لسهمه، فقد أجاز ذلك، والمشتري لا يقدر على الجدد، وإنما جاز ذلك أن المساقاة وقعت على التقية، فلما احتاج إلى البيع واستضر بمنعه سُمح بذلك.

قال القاضي أبو الوليد: والأظهر عندى فى ذلك ما تقدم.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُسَاقَى الْأَرْضُ الْبَيْضَاءُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ يَحِلُّ لِصَاحِبِهَا كِرَاؤُهَا بِالْدَّنَانِيرِ وَالْدَّرَاهِمِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِنَ الْأَثْمَانِ الْمَعْلُومَةِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: قوله: «ولا ينبغى أن تساقى الأرض البيضاء؛ لأنه يحل لصاحبها كراؤها» يريد أن ما حل بيعه للمنفعة المقصودة لا يحل المعاملة عليه ببعض ثمنه الخارج عنه، وبذلك لا تجوز مساقاة الأرض التى يجوز كراؤها للمنفعة المقصودة منها، وهى الثمرة، وإن جاز أن تكرر لغير منفعتها المقصودة منها لمن أراد أن ينشر عليها ثياباً أو غير ذلك.

فصل: وقوله: «يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان» يريد وما أشبه الدنانير والدراهم، وإنما كراؤها بكثير مما يعاوض به، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

---

(١) ظاهر هذا الكلام يدل على أنه يُخير أن تكرر الأرض بكل ثمن معلوم، وليس ذلك مذهب مالك، وإنما هو قول الشافعى، جاز عند أن تكرر الأرض بكل ما تكرر به الدور، والحوانيت من العين المعلوم وزنها، والعروض كلها الجائز بيعها فى ملكها على ستنها طعاماً كانت أو غير طعام أن تكون بجزء ما تخرجه، يقل مرة، ويكثر أخرى، وربما لم يخرج شيئاً، فلا، هذا عنده المزارعة التى نهى رسول الله ﷺ عنها. قاله ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٣١/٢١.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الرَّجُلُ الَّذِي يُعْطَى أَرْضُهُ الْبَيْضَاءَ بِالثُّلُثِ أَوْ الرَّبْعِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَذَلِكَ مِمَّا يَدْخُلُهُ الْغَرَرُ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ يَقِلُّ مَرَّةً وَيَكْثُرُ مَرَّةً، وَرُبَّمَا هَلَكَ رَأْسًا، فَيَكُونُ صَاحِبُ الْأَرْضِ قَدْ تَرَكَ كِرَاءً مَعْلُومًا يَصْلُحُ لَهُ أَنْ يُكْرِيَ أَرْضَهُ بِهِ وَأَخَذَ أَمْرًا غَرَرًا، لَا يَدْرِي أَتَيْتُمْ أَمْ لَا، فَهَذَا مَكْرُوهٌ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مِثْلُ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِسَفَرٍ بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ، ثُمَّ قَالَ الَّذِي اسْتَأْجَرَ الْأَجِيرَ: هَلْ لَكَ أَنْ أُعْطِيكَ عَشْرَ مَا أَرْبَحُ فِي سَفَرِي هَذَا إِجَارَةً لَكَ، فَهَذَا لَا يَحِلُّ وَلَا يَنْبَغِي<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي لِرَجُلٍ أَنْ يُؤَاجِرَ نَفْسَهُ وَلَا أَرْضَهُ وَلَا سَفِينَتَهُ إِلَّا بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ لَا يَزُولُ إِلَى غَيْرِهِ<sup>(٢)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا فَرَّقَ بَيْنَ الْمُسَاقَاةِ فِي النَّخْلِ وَالْأَرْضِ الْبَيْضَاءِ، أَنَّ صَاحِبَ النَّخْلِ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَهَا حَتَّى يَيْدُوَ صَلاَحُهُ، وَصَاحِبُ الْأَرْضِ يُكْرِيهَا وَهِيَ أَرْضٌ بَيْضَاءٌ لَا شَيْءَ فِيهَا<sup>(٣)</sup>.

الشرح: قوله: «فالذي يعطى أرضه البيضاء بثلث ما يخرج منها أو رבעه يدخله الغرر» يريد أنه لا يجوز للرجل أن يكرى أرضه البيضاء بجزء منها، وإن جاز أن يكرىها في الجملة إلا أن ذلك الربع لا يدرون قدره؛ لأنه قد يقل مرة، وربما تلف جميعه، ويكثر أخرى، والكرء معاوضة على منافع الأرض، فلا يجوز إلا بعوض معلوم، لاسيما فيمن تمكن المعاوضة عليه لشيء معلوم، وإنما جاز في المساقاة؛ لأنه لا تجوز المعاوضة على منافع الثمار بشيء معلوم، ومثل ذلك من استأجر أجيرًا بثلث ما يربح في سفره مع تمكنه من استجاره بإجارة معلومة، فإن ذلك لا يجوز، وقد جوز أبو حنيفة استجار الأرض بجزء مما يخرج منها.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري من حديث عطاء عن جابر: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف، فقال النبي ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن لم يفعل، فليمسك أرضه»<sup>(\*)</sup>.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٣٢/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٣٣/٢١.

(٣) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٣٣/٢١.

(\*) أخرجه البخاري ٢١٧/٣ كتاب الزراعة باب ما كان من أصحاب .. إلخ، عن أبي-

٣٢ ..... كتاب المساقاة

ومن جهة المعنى أن هذا عوض فى الإجارة مجهول، فوجب أن يكون ممنوعاً كالأجزاء الذى ليس بمقدر. وقال ابن حبيب: المخابرة اكترأ الأرض بالأجزاء مما يخرج منها، والخبر حث الأرض.

مسألة: ولا يجوز استئجارها بطعام مقدر خلافاً للشافعى.

والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخارى من حديث رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع أنه قال: لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رافقاً، قلت: ما قال رسول الله ﷺ فهو حق.

قال: دعانى رسول الله ﷺ فقال: «ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع، وعلى الأوسق من التمر والشعير، قال: لا تفعلوا، ازرعوها وأزرعوها أو امسكوها»<sup>(\*)</sup>. قال رافع: قلت: سمعاً وطاعة.

قال ابن حبيب: قال مالك: ففيما نهى عنه من المحاقلة، هو اكترأ الأرض بالحنطة. فوجه ذلك من جهة المعنى أنه منفعة الأرض التى اكتريت لها، وهى المنفعة المقصودة منها إنما هو الطعام الخارج، فإذا اكترأها منه بطعام، فهو طعام بطعام غير مقبوض ولا مقدر.

مسألة: وسواء كان الطعام الذى اكترى به الأرض كالحب والتمر أو مما لا تنبت كالحكم واللبن، فإن ذلك لا يجوز، قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون. وقال ابن كنانة: لا يكرى بشيء إذا أعيد فيها نبت، وتكرى بغير ذلك من طعام أو غيره مما لا تنبت. وقال ابن نافع وغيره: لا تكرى بالحنطة وأخواتها، وتكرى بغير ذلك من مطعوم وغيره.

وقال ابن حبيب: وكره مالك اكترأها بالطعام؛ لأنه طعام بطعام مؤجل. وقال ابن الماجشون: إنما كرهه؛ لأنه من المحاقلة إلا أن تكون أرضاً لا تنبت ذلك الشيء كالقطن والزعفران فى أرض لا تنبتهما.

---

=هريرة. مسلم ١١٧٨/٣ كتاب البيوع رقم ١٠٢، عن أبى هريرة. الطبرانى فى الكبير

٣٤٢/٤، عن أبى هريرة. البغوى فى شرح السنة ٢٥٧/٨، عن جابر.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٣٩. مسلم حديث رقم ١٥٤٨. ابن ماجه حديث رقم

٢٤٥٩. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٣٨٤. أبو داود حديث رقم ٣٣٨٩. أحمد فى

المسند حديث رقم ٢٠٨٨.

كتاب المساقاة ..... ٣٣

قال القاضي أبو الوليد: وجه كراهيته عندي ما أخرجه البخاري من حديث إسحاق بن أبي طلحة عن أنس: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة<sup>(\*)</sup>.

والدليل على ذلك ما روى رافع بن خديج أن النبي نهى عن كراء المزارع<sup>(\*)</sup>، وهذا عام إلا ما خصه الدليل.

ومن جهة المعنى أن هذا طعام، فلم يجوز كراء الأرض به كالقمح. ووجه قول ابن كنانة أن هذا مما لا يزرع في الأرض، فجاز أن تكرى به كالحطب والجذوع.

ووجه قول ابن نافع أن كل ما يجوز التفاضل بينه وبين القمح، فإنه يجوز أن تكرى به الأرض كالذهب والفضة.

مسألة: ولا تكرى الأرض بشيء مما يخرج منها من النبات مما ليس له أصل ثابت، وإن كان مما لا يؤكل كالكتان، هذا قول مالك وابن القاسم في المدونة، ولا بشيء من الحشيش. وقال ابن المواز: لا بأس أن تكرى الأرض بالخضر. قال الشيخ أبو محمد: يريد من الكلاء لأنه ليس مما يزرع ولا من الطعام.

ووجه قول مالك أنه مما تنبت الأرض، وليس له أصل ثابت، فلم يجوز أن يكرى به القمح.

ووجه القول الثاني إنما يكره كراء الأرض بما يخرج منها لفلا يعطيك مما تنبت أرضك أو يدخله الجزاف المجهول بين ما يأخذه منه، وما تنبت أرضك، فإذا كانت الأرض لا تنبت ذلك الجنس، فقد أمنت ذلك كله.

فرع: فإذا قلنا لا يجوز كراؤها بالكتان، فإنه يجوز بالثياب من الموازية.

ووجه ذلك أنه قد استحال عن جنس الأصل، فليس هو مما تنبت الأرض:

---

(\*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢١٨٨. مسلم حديث رقم ١٥٣٩. الترمذي حديث رقم ١٣٠٢. النسائي في الصغرى حديث رقم ٤٥٣٧. أبو داود حديث رقم ٣٣٦٢. ابن ماجه حديث رقم ٢٢٦٨.

(\*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٢٨٦، ٢٣٤٤، ٤٠١٣. مسلم حديث رقم ١٥٤٧. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٩٠٨، ٣٩١١، ٣٩١٢، ٣٩١٤. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٥٣. أحمد في المسند حديث رقم ٤٤٩٠.

مسألة: ولا بأس أن تكرى بالجدوع والخطب والخشب والعود وبأصل شجر لا يثمر.

ووجه ذلك أنه أصل ثابت من جنس الأرض، ولأنه يتبعها بمجرد العقد بخلاف الزرع، فكأنه إنما أكرها بأرض أخرى، وذلك جائز. وقال ابن الماجشون: إنما أجازها بالخشب؛ لأنه ليس الذى يزرع، وهذا الذى يتقضى بالكتان والقطن، فإنه لا يزرع، ومع ذلك فلا يجوز أن تكرى الأرض بهما.

فصل: وقول مالك: «ولا ينبغي للرجل أن يؤجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته إلا بشيء معلوم» يريد معلوم الجنس والصفة والقدر بكيل أو وزن أو عدد أو حزر، إن كان قريباً غير متعلق بالذمة، وليس كذلك من يكرى أرضه بجزء تخرجه، فإن ما تخرجه غير معلوم الصفة ولا القدر ولا مرئى ينظر إليه.

فصل: «وإنما فرق بين المساقاة فى النخل والأرض البيضاء أن صاحب النخل لا يقدر أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكرىها» يريد أن النخل لا يجوز أن يبيع منفعتها المقصودة منها، وهى الثمرة على الوجه المعتاد، ما لم يبد صلاحها، فإذا بدا وجاز ذلك، لم تجز فيها المساقاة، وصار بمنزلة الأرض البيضاء لما جاز أن تباع منفعتها المقصودة منها، وهى الزراعة فيها واكتراؤها للزرع قبل الصلاح، لم تجز المساقاة فيها.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي النَّخْلِ أَيْضًا أَنَّهَا تُسَاقَى السَّنِينَ الثَّلَاثَ وَالْأَرْبَعَ وَأَقْلَ مِنْ ذَلِكَ وَأَكْثَرَ، قَالَ: وَذَلِكَ الَّذِي سَمِعْتُ، وَكُلُّ شَيْءٍ مِثْلُ ذَلِكَ مِنَ الْأَصُولِ بِمَنْزِلَةِ النَّخْلِ يَجُوزُ فِيهِ لِمَنْ سَاقَى مِنَ السَّنِينَ مِثْلُ مَا يَجُوزُ فِي النَّخْلِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: قال القاضى أبو الوليد: ومعنى ذلك عندى أن عقد المساقاة عقد لازم.

قال الشيخ أبو إسحاق: عقد المساقاة لازم للمتعاقدين، وليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا برضا صاحبه، ولو مات أحدهما لكان ورثته مكانه. وفى الموازية: إذا انعقدت المساقاة، فليس لأحدهما رجوع، وإن لم يعمل كالإجارة بخلاف القراض، وقد رأيت لبعض القرويين أنه لو مات قبل الجداد لبطلت المساقاة، وليس كالعقود اللازمة، وإن لم يقبض، ولعله تعلق فى ذلك بما روى فى عين السقى تغور.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢١/٢٣٦.



وإن كان قبل العمل، فلا شيء على رب الحائط، وإن كان بعد العمل، لزمه أن ينفق بقدر ما يقع له من الثمرة، وإن لم يكن عنده شيء، فللعامل أن ينفق ويكون نصيبه من الثمر رهنا بيده.

وفى المدونة: العامل يندم، فيسأل الإقالة قبل العمل، فيأبى صاحب الحائط أن يقبله، فيعطيه على ذلك مائة درهم، فلا يجوز عند مالك قبل العمل ولا بعده، وهذا يقتضى اللزوم قبل العمل، ولو لم يلزم قبل العمل لما لحقه ندم ولا سأل إقالة، ولا زاد لذلك مائة.

وأما القبض، فلا تأثير له، ولذلك لم يؤثر فى القراض، وإنما التأثير للعمل، وقد قال ابن حبيب: المساقاة بيع من البيوع إذا عقداها بينهما لم يجوز لأحدهما أن يرجع فيها حتى يتم أجلها.

مسألة: إذا ثبت أنه عقد لازم، جاز أن يعقد لوجائب عنده كاشتراء الأرض، وما ليس بلزوم، ومن العقود الجائزة كالشركة والقراض، فإنه لا يجوز أن يعقد إلا عقداً مطلقاً لا يشترط فيه وجائب؛ لأن ذلك يقتضى اللزوم.

مسألة: ووجائبه بالشهور والسنين، قاله الشيخ أبو إسحاق وابن حبيب.

ووجه ذلك أن أجرة العامل لا تصح أن تكون إلا من الثمرة التى يعمل فى أصلها بجزء منها، فكان العمل إلى أن يمكن قسمتها كربح القراض، ومعنى قوله: «بالسنين» يريد من الجداد إلى الجداد.

فصل: وقوله: «أن النخل يجوز أن يساقى لسنين وثلاثاً وأربعاً وأقل من ذلك وأكثر» يريد ما لم يكثر ذلك جداً. قال ابن القاسم فى المدونة: فى العشر سنين والثلاثين والخمسين ولم أسمع من مالك فيه شيئاً، ولا أدرى ما هذا، وما لم يكثر جداً، فلا بأس.

مسألة: ومن أخذ النخل مساقاة ثلاث سنين، فعمل فى النخل سنة، ثم أراد أن يترك، لم يكن له ذلك حتى يتم أجل المساقاة إلا أن يتراضيا قبل ذلك.

مسألة: إذا ثبت أنه عقد لازم، فإن لهما أن يتاركا بغير جعل، ولا يجوز أن يعطيه العامل شيئاً قبل العمل ولا بعده، وقاله مالك فى المدونة. قال ابن القاسم: وإنما جاز ذلك؛ لأن العامل يجوز أن يدفع النخل إلى غير مساقاة، فإذا ردها إلى ربها فقد ساقاه

٣٦ ..... كتاب المساقاة

فيها، ولم يجز عندى أن يزيد شيئا لأنه يكون زيادة من أحد المتساقين، وذلك يمنع صحة المساقاة، ولا يجوز أن يقول صاحب الحائط له: اخرج وأعطيك قيمة ما أنفقت وإن رضيا بذلك لما قدمناه من الزيادة فى المساقاة.

فرع: فإذا قلنا بذلك، فلا بأس أن يدفع العامل النخل مساقاة إلى رب الحائط بأقل مما أخذه ما لم تطب الثمرة، قاله مالك فى العتبية. قال محمد: وما لم يضمن له الجزء الباقي من الثمرة، ولا يجوز ذلك بأكثر من ذلك الجزء حتى يحتاج العامل أن يزيد من حائط آخر.

وروجه ذلك أنه إذا ساقاه بأقل من ذلك الجزء، فهى مساقاة صحيحة؛ لأن العامل الأول لما عمل صار بمنزلة صاحب الحائط يجوز أن يساقه صاحب الحائط بأقل من ذلك الجزء، فيبقى للعامل فى الحائط سدس أو ربع كما يبقى لصاحب الحائط إذا ساقى غيره، فإذا ساقاه بأكثر من ذلك الجزء لم يجز ذلك؛ لأنه بمنزلة أن يشترط صاحب الحائط جزءا زائدا من حائط آخر على جميع ثمر حائط المساقى.

وروى ابن ميسر عن ابن القاسم عن مالك إن لم يعمل، جاز أن يعطيه صاحب الأرض جزءا من الثمرة، وإن عمل، لم يجز ذلك.

مسألة: ولو اطلع على أن العامل سارق مبرح يخاف منه أن يقطع النخل، أو يذهب أو يخرب الدار ويبيع أبوابها، لم يكن له إخراجها عند ابن القاسم، واحتج لذلك بما قال مالك فى الرجل يبيع السلعة من رجل مفلس، والبائع لا يعلم بفلسه: أن البيع لازم، فهذا مثله.

قال القاضى أبو الوليد: والذى عندى أن المساقى شريك فى أصل الثمرة والشريك لا يستطيع شريكه أن يخرجها من عين حقه، لما يظهر فيه من خيانة ولا غيرها.

مسألة: ولا تنفسخ المساقاة بموت أحد المتساقين، فإن مات العامل عمل ورثته، إن كانوا أمناء كما كان صاحبهم يعمل، فإن أبوا ذلك كان مال الميت لازما لهم، وإن كانوا غير أمناء لم يسلم إليهم، ويأتون بأمين، قاله ابن القاسم فى المدونة، ففرق بين هذه المسألة، وبين أن يظهر من العامل سرقة أو إغارة؛ وذلك لأن العامل تعلقت المساقاة بذمته وماله ولزمته أكثر من لزومها للورثة، فلو اطلع فى النخل على قلة حمل وضعف، لزمته المساقاة، وكذلك إذا اطلع منه على عيب والورثة لا تتعلق المساقاة بأموالهم، ولا يلزمهم إن كرهوها، وإنما تلزم تركة الميت، وإن كان له مال، ولذلك لم يلزم صاحب الحائط بسرقتهم وخيانتهم.

كتاب المساقاة ..... ٣٧

مسألة: ولو أجيحت الثمرة، فقد روى أشهب عن مالك: لا جائحة في المساقاة، وليس للعامل أن يخرج وهما شريكان في الثماء والنقصان. وروى عنه سعد: إن بلغت الجائحة الثلث، فللعامل أن يسقى الحائط كله أو يخرج. قال محمد: ولا شيء له من علاجه ونفقته.

وجه القول الأول أنهما شريكان، فلم يفسخ ذلك بينهما بالجائحة.

وجه القول الثاني أن عمله عوض من حصته من جميع الثمرة، فإذا أجيحت كان له ترك ذلك كما لو اشتراها.

فرع: وهذا إذا كانت الجائحة شائعة في الحائط، فأما إذا أجيحت جهة، وسلمت أخرى، فيلزم المساقاة فيما سلم إلا يكون بعد أخذ الثلث فأقل، قاله محمد.

قَالَ مَالِكٌ، فِي الْمُسَاقَى: إِنَّهُ لَا يَأْخُذُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي سَاقَاهُ شَيْئًا مِنْ ذَهَبٍ وَلَا وَرَقٍ يَزِيدُهُ وَلَا طَعَامٍ وَلَا شَيْئًا مِنَ الْأَشْيَاءِ لَا يَصْلُحُ ذَلِكَ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَأْخُذَ الْمُسَاقَى مِنْ رَبِّ الْحَائِطِ شَيْئًا يَزِيدُهُ إِلَّاهُ مِنْ ذَهَبٍ وَلَا وَرَقٍ وَلَا طَعَامٍ وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ، وَالزِّيَادَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا لَا تَصْلُحُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَالْمُقَارِضُ أَيْضًا بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ لَا يَصْلُحُ إِذَا دَخَلَتْ الزِّيَادَةُ فِي الْمُسَاقَاةِ أَوْ الْمُقَارِضَةِ صَارَتْ إِجَارَةً، وَمَا دَخَلَتْهُ الْإِجَارَةُ، فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تَقَعَ الْإِجَارَةُ بِأَمْرِ غَرَرٍ لَا يَدْرِي أَيْكُونُ أَمْ لَا يَكُونُ أَوْ يَقِلُّ أَوْ يَكْثُرُ<sup>(١)</sup>.

الشرح: قوله: «ولا يأخذ من الذي ساقاه» يعني العامل «شيئا من ذهب ولا ورق ولا شيئاً من الأشياء يزادده» يريد أن صاحب الحائط ليس له أن يشترط على العامل شيئاً يزادده غير حصته من الثمرة، يريد مما نقصه خارجاً عن العمل في الحائط.

وأما اشتراطه عليه العمل في الحائط، فإنما كان ذلك شرطاً في صحة عقد المساقاة؛ لأن عقد المساقاة على ما قدمناه مبني على أن الثمرة فيه عوض عن العمل لا يجوز أن يكون للثمره عوض غير العمل؛ لأنه يكون من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٣٨/٢١، وقال: لا خلاف بين مجزى المساقاة أنه لا يجوز أن تكون من واحد منهما زيادة يزادها على جزئه المعلوم؛ لأنه حينئذ يعود الجزء مجهولاً، ولا يجوز أن تكون المعاملة على جزء مجهول، وإنما تجوز على جزء معلوم، ثلث، أو نصف، أو ربع، أو نحو ذلك من الأجزاء المعلومات فيما يخرجها إليه في الثمرة.

٣٨ ..... كتاب المساقاة

ظهورها، ولا يزداد العامل من رب الحائط شيئاً؛ لأنه لا يجوز أن يقارن المساقاة ببيع، ولو شرط على صاحب الحائط شيئاً لكان ذلك عوضاً من بيع عمله، فاجتمع عقد مساقاة وبيع، وذلك غير جائز.

مسألة: ولو عقدا مساقاة على جزء من الثمرة بعد أن عمل صاحب الحائط فيه أشهراً، فإن كان على أن يبيعه بما سقى، لم يصلح، وإن كان ملغى، فلا بأس بذلك، رواه أشهب عن مالك في العتبية والموزاية، ويدخله ما ذكرنا من ازدياد صاحب الحائط من العامل دنائير أو دراهم، وذلك غير جائز، ولو كانت المساقاة على أن جميع الثمرة للعامل، فذلك جائز إلا أن يكون صاحب الحائط سقاه قبل ذلك بأشهر، رواه أشهب عن مالك في العتبية. ووجه ذلك أنه يأخذ منه قيمة سقيه فقد باعه الثمرة قبل بدو صلاحها.

قال القاضي أبو الوليد: وإن ألغاه، فعندى أنه يجوز.

فصل: وقوله: «ولا ينبغي أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيئاً من الأشياء» يريد أنه كما لا يزداد صاحب الحائط من العامل شيئاً كذلك لا يزداد العامل من صاحب الحائط شيئاً، وإنما تنعقد المساقاة على أن العمل عوض عن حصته من الثمرة، وإنما يجوز أن يزداد أحدهما من الأجرة مما لا يلزمه بعقد المساقاة يسير العمل في الثمرة، فأما ما ازداد من غير ذلك، فلا يجوز قليله ولا كثيره؛ لأن ازدياد صاحب الحائط من العمل يخرج به إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وازدياد العامل من صاحب الحائط يخرج به إلى أن يقارن عقد المساقاة عقد إجارة، وذلك غير جائز لتنافيها، ولو جازت الإجارة في الأشجار لما جازت فيها المساقاة.

ووجه آخر وهو أن الإجارة ينافيها الغرر والمساقاة لا تصح إلا فيما فيه الغرر، فلم يجز اجتماعهما كالإجارة والجعل.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يُسَاقَى الرَّجُلُ الْأَرْضَ فِيهَا النَّخْلُ وَالْكَرْمُ أَوْ مَا أَشَبَّهُ ذَلِكَ مِنَ الْأَصُولِ فَتَكُونُ فِيهَا الْأَرْضُ الْبَيْضَاءُ<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ الْبَيَاضُ تَبَعًا لِلْأَصْلِ، وَكَانَ الْأَصْلُ أَعْظَمَ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَهُ، فَلَا بَأْسَ بِمُسَاقَاتِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ يَكُونَ النَّخْلُ الثَّلَاثِينَ أَوْ أَكْثَرَ، وَيَكُونُ الْبَيَاضُ الثَّلَاثَ

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٣٩/٢١.

أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ، وَذَلِكَ أَنَّ الْبَيَاضَ حِينَئِذٍ تَبِعَ لِلْأَصْلِ<sup>(٢)</sup>.

الشرح: قوله: «إن البياض مع النخل في المساقاة» إنما يصح إذا كان تبعاً للنخل، وهو أن يكون الثلث من الجملة، والنخل ثلثيها فحينئذ يكون البياض تبعاً للنخل، فإن كان البياض أكثر من الثلث، لم يجز، وقد ذكر في المدونة ابن القاسم في النخل يكون تبعاً للبياض في الكراء: أنه لم يبلغ به الثلث في إحدى الروايتين، وعلى هذا إن قصر على الثلث، جاز أن يكون تبعاً قولاً واحداً أو ما كان أزيد من الثلث لم يجز ذلك فيه قولاً واحداً.

وأما الثلث، فاختلف قوله فيه، فمرة جعله في حيز اليسير الذي يكون تبعاً، ومرة جعله في حيز الكثير الذي لا يكون تبعاً.

وجه القول الأول أن كل موضع جعل الثلث فيه حداً بين ما يجوز وبين ما لا يجوز، فإنه من جملة ما يجوز كالوصية وهبة الزوجة.

وجه القول الثاني ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «الثلث والثلث كثير»<sup>(\*)</sup>.

مسألة: وحكم ما لا تجوز المساقاة فيه مع ما تجوز المساقاة فيه حكم الأرض البيضاء مع النخل، وقد قال مالك في الموازية: لا بأس أن يساقى الحائط، وفيه من الموز ما فيه، تبع قدر الثلث فأقل. قال محمد: ويكون بينهما على سقاء واحد، ولا يلغى لأحدهما.

فرع: وفيما يراعى الثلث من البياض؟ الظاهر من أقوال أصحاب مالك أن ذلك فيما يلغى، وفيما شرط على حكم المساقاة. وقال ابن عبدوس: إنما يراعى أن يكون تبعاً للثمرة كلها إذا كان بينهما، فأما إذا ألغى، فإنما يراعى فيه أن يكون تبعاً لحصة العامل خاصة.

وجه قول ابن عبدوس أن ما صار للعامل يجب أن يكون تبعاً للحصة إذا لم يلغ.

مسألة: وصفة اعتبار ذلك أن ينظر إلى كراء الأرض، فكأنه خمسة دنانير وإلى غلة النخل على المعتاد من حالها، ويسقط من ذلك قدر الإنفاق على الثمرة، فإن بقي من

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٣٩/٢١.

(\*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٧٤٢. مسلم حديث رقم ١٦٢٨. الترمذي حديث رقم

٢١١٦. النسائي في الصغرى حديث رقم ٣٦٢٦. أبو داود حديث رقم ٢٨٦٤. أحمد في

المسند حديث رقم ١٦٠٢. الدارمي حديث رقم ٣١٩٦.

٤٠ ..... كتاب المساقاة

ذلك عشرة دنائير أضيفت إلى كراء الأرض، فيكون خمسة عشر، فيجوز ذلك لأن كراء الأرض تبع، ولو بقى من قيمة الثمرة ثمانية دنائير لم يجز؛ لأن الخمسة إذا أضيفت إلى ثمانية كانت أكثر من ثلث الجملة.

مسألة: فإذا قلنا يجوز في البيع، ويجوز إلغاؤه للعامل، فهذا إن عمل العامل حتى تكمل المساقاة، فهو له على حسب ما ألغى له، وإن خرج من الحائط بجائحة أصابته، وقد زرع العامل، فقد روى ابن أشرس عن مالك: عليه كراء البياض، ولو عجز عن عمل الحائط، فقد روى على بن زياد عن مالك: عليه كراء الأرض بكراء مثله.

مسألة: وإن كان البياض بينهما، فقد قال ابن القاسم: إنما يجوز ذلك على سقاء الحائط، ولا يجوز على غير ذلك، وقاله أصبغ. وقال أصبغ أيضًا: إذا كانت المساقاة على النصف، وشرط للعامل ثلاثة أرباع البياض، جاز.

وجوه قول ابن القاسم أن المساقاة إذا انعقدت بجزئين مختلفين، لم يجز كالحائطين أو بعض أنواع الشجر.

وروجه قول أصبغ الثاني ما احتج به؛ لأنه يجوز أن يكون له جميع البياض، وهو مخالف لجزء المساقاة، فكذلك إذا شرط عليه جزءًا أكثر من جزئيه في المساقاة.

مسألة: ومن أخذ زرعًا مساقى قد عجز عنه صاحبه ومعه أرض بيضاء تبعًا للزرع، ففي الموازية: أن ذلك يجوز منه ما يجوز من البياض مع الأصول.

وروجه ذلك أنه تبع للأصل تصح فيه المساقاة كالذى مع النخل.

مسألة: وإن ساقى زرعًا عجز عنه صاحبه، وفيه نخل تبع للزرع، فإنه يجوز أن يساقى ذلك مساقاة واحدة، قاله ابن القاسم في المدونة. وقال في الموازية: وكذلك إذا كان الزرع تبعًا للنخل.

فرع: إذا قلنا يجوز أن يجمع النخل والزرع في المساقاة، فإذا كانت النخل تبعًا للزرع لم تجز المساقاة على مذهب ابن القاسم إلا بشرط أن يعجز صاحب الزرع عنه، وإذا كان الزرع تبعًا للنخل جازت المساقاة، وإن لم يعجز عن الزرع، قاله ابن المواز.

مسألة: وهل يجوز إلغاء النخل التي هى تبع للزرع للعامل، قال ابن القاسم في المدونة: إنه بخلاف البياض مع النخل، ولا يجوز إلغاء ذلك للعامل، وكذلك الزرع الذى هو تبع للشجر كأصناف من الشجر لا يجوز أن يلغى صنف منها للعامل.

وروى ابن وهب عن مالك: أن ذلك يجوز أن يلغى للعامل وحده، وإذا كان تبعاً كمكترى الدار فيها نخل هى تبع، ولا يجوز أن يكون بينهما، وعلى هذا يجوز أن تلغى المؤن للعامل إذا كانت تبعاً للحائط.

قال مالك: وإذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الأصول، فكان الأصل الثلث أو أقل، والبياض الثلثين أو أكثر، جاز فى ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة، وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الأصل، وفيه البياض وتكرى الأرض، وفيها الشئ اليسير من الأصل، أو يساع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم وفيهما الفصوص والذهب بالدنانير، ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويتاعونها، ولم يأت فى ذلك شئ موصوف موقوف عليه إذا هو بلغه كان حراماً، أو قصر عنه كان حلالاً، والأمر فى ذلك عندنا الذى عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه إذا كان الشئ من ذلك الورق أو الذهب تبعاً لما هو فيه، جاز بيعه، وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل.

الشرح: قوله: «فى الأرض البيضاء يكون فيها يسير النخل الثلث فأقل، يجوز ذلك فى الكراء» أصل ذلك جواز ذلك إذا كانت ثمرة النخل الثلث، وقد منع منه فى المدونة، فروى ابن القاسم عن مالك: أنه يجوز فى اليسير، وأبى أن يبلغ به الثلث، فلم يختلف قول مالك فى يسير الغلة الأرض فى الكراء، وإنما يختلف قوله فى تحديد ذلك اليسير، فمرة يجعل الثلث فى حيز اليسير، ومرة يجعله أول الكثير، وما قصر عنه، فهو من جملة اليسير، وقد تقدم ذكر ذلك، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وحرمت فيه المساقاة» يحتمل أن يريد به أنها تحرم فى الجملة من البياض والنخل، وأما إذا أفردت النخل بالمساقاة، فلا بأس بذلك؛ لأنه لا يجوز أن يفرد بالكراء، وقد جوز مالك المساقاة فى النخلة الواحدة والنخلتين.

فصل: وقوله: «وذلك من أمر الناس أن يساقوا الأرض وفيها البياض، وتكرى الأرض وفيها اليسير من الأصل» يريد أن هذا أمر شائع دون تكثير؛ لأن الضرورة إليه عامة لتعذر انفصال الأرض من الشجر والشجر من الأرض غالباً وحاجة الناس إلى الاستنابة فى عملها، فما جازت إجارته، كانت فيه الإجارة، وإن كان فيه اليسير مما لا

٤٢ ..... كتاب المساقاة

تجوز فيه الإجارة، وما جازت مساقاته كانت فيه المساقاة، وإن كان فيه اليسير مما تجوز فيه المساقاة.

**فصل:** وقوله: «ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليها إذا هو بلغه كان حراماً أو قصر عنه، كان حلالاً» يريد أنه لم يرد في ذلك من جهة الشرع حد يبين ما يجوز منه وما لا يجوز، وإنما هذا التحديد باجتهاد العلماء في فعلهم الثلث في حيز التبعية للثلثين أو في حيز ما لا يجوز ذلك فيه، والله أعلم.

**مسألة:** ومن اكترى داراً فيها نخل ثمرتها تبع لكراء الدار، فتهدمت الدار في نصف السنة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم وأبو زيد عن ابن القاسم: لو كانت الثمرة قد طابت، وكانت تبعاً لما سكن، فهو للمكترى وعليه ثلثا الكراء إن كانت قيمة الثمرة الثلث، فإن لم تطب، فهي لصاحب الدار على المكترى ثلث الكراء.

قال يحيى بن عمر: وكذلك لو طابت الثمرة، وليست بتبع لما سكن، فهي لصاحب الدار، وقد فسد فيها البيع. وقال محمد بن المواز: الثمرة راجعة إلى صاحبها طابت أو لم تطب.

ووجه القول الأول أنها إذا طابت وكانت تبعاً لما سكن، فإنما وقع الفسخ من العقد فيما لا يؤثر في بيع الثمرة؛ لأنه لو أفرد بيع الثمرة بما صح من الكراء لجاز ذلك، فكذلك في مسألتنا مثله.

ووجه القول الثاني أن الثمرة قد تبعت ما فسخ من التبايع كما تبعت ما جاز منه، فلما فسخ ما هي تبع له انفسخ البيع، لأنه لا يجوز إفرادها بالبيع، وإذا فسد بعضها لذلك فسد جميعها.

\* \* \*

### الشَّرْطُ فِي الرَّقِيقِ فِي الْمُسَاقَاةِ

قَالَ مَالِكٌ: إِنَّ أَحْسَنَ مَا سُمِعَ فِي عُمَالِ الرَّقِيقِ فِي الْمُسَاقَاةِ يَشْتَرِطُهُمُ الْمُسَاقَى عَلَى صَاحِبِ الْأَصْلِ، إِنَّهُ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمْ عُمَالُ الْمَالِ، فَهُمْ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِ لَا مَنَفَعَةٍ فِيهِمْ لِلدَّائِلِ إِلَّا أَنَّهُ تَخِفُّ عَنْهُ بِهِمُ الْمُؤْنَةُ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فِي الْمَالِ اشْتَدَّتْ مَوْتُهُ وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمُسَاقَاةِ فِي الْعَيْنِ وَالنَّضْحِ، وَلَنْ تَجِدَ أَحَدًا يُسَاقَى فِي



أَرْضَيْنِ، سَوَاءٍ فِي الْأَصْلِ وَالْمَنْفَعَةِ، إِحْدَاهُمَا بَعِيْنٌ وَإِنَّهُ غَزِيرَةٌ، وَالْأُخْرَى بِنَضْحٍ عَلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ لِحِفَّةٍ مُؤَنَّةٍ الْعَيْنِ وَشِدَّةٍ مُؤَنَّةٍ النَّضْحِ. قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا. قَالَ: وَالْوَائِنَةُ الثَّابِتُ مَاؤُهَا الَّتِي لَا تَغُورُ وَلَا تَنْقَطِعُ<sup>(١)</sup>.

الشرح: قوله: «في عمل الرقيق في المساقاة أنه لا بأس أن يشترطهم العامل على صاحب الأصل» يريد الرقيق الذين كانوا عمال الحائط وقت المساقاة، وقد قال مالك في المدونة: إنه لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط إخراجهم إذا كانوا فيه يوم المساقاة، ولكن لو أخرجهم قبل ذلك ثم دفع الحائط مساقاة، لم يكن بذلك بأس، فعلى هذا إنما يكون اشتراط العامل لهم على وجه رفع الإلباس على حسب ما قال: إن من استأجر راعياً يرعى له غنمه سنة، أنه يجب أن يشترط الغنم إن ماتت كان عليه أن يرعى له مثلها، وهذا لو لم يشترطه لكان هذا حكمه.

ويحتمل أيضاً أن يكون على وجه إقرار رب الحائط له بأنهم في حائطه عند عقد المساقاة. وقد روى عيسى عن ابن القاسم في العامل يجهل، فلا يستثنى ما في الحائط من دواب ورقيق، ويقول صاحب الحائط: إنما ساقيتك بغير دواب ولا رقيق، أنهما يتحالفان ويتفاسخان. قال الشيخ أبو محمد: انظر هذا، وهو لا يجوز عنده إخراج دوابه، فقد صار مدعياً لما لا يجوز.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى المسألة عندي على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل، فلا يقر صاحب الحائط على أنهم في الحائط يوم المساقاة، ولا يشهد عليه بذلك، ويعتقد أنهم في الحائط، وأنهم به بمجرد العقد على الواجب في ذلك، ثم اختلفوا فقال صاحب الحائط: لم يكونوا في الحائط يوم العقد، وقال العامل: بل كانوا فيه، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان.

وقد روى ابن مزين، رواية عيسى عن ابن القاسم، فقال: يتحالفان ويتفاسخان، إلا أن يمضي رب الحائط الرقيق، فتلزم المساقاة إلى أجلها، وهذا يدل على صحة العقد على حسب ما قلناه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٤٢/٢١، وقال: ومعنى كلامه أنه لا يجوز للعامل أن يشترط أن يعمل برقيق الحائط في غيره، ولا أن يشترط في الرقيق ما ليس فيه، ولا لرب المال أن يخرج من رقيق المال من كان فيه في عقد في المساقاة، وله ذلك، قيل: وإنما يساقيه على حاله، ومن مات من الرقيق، أو لحقته آفة، فعلى رب المال أن يخلفه.

٤٤ ..... كتاب المساقاة

وقد اختلف أصحابنا هذه المسألة، وإطلاق عقد المساقاة، فقال عيسى بن دينار وابن نافع في المدنية: لا يكون الرقيق والدواب للعامل إلا بالشرط والعقد لازم صحيح.

وفى الواضحة أن ما فى الحائط من الأجراء والدواب والدلاء والحبال والأداة من حديد وغيره مما يكون فيه يوم السقاء يستعين به العامل، وإن لم يشترطه.

وقال محمد بن المواز: إن اشترط ذلك رب الحائط لم يجز. واحتج عيسى لقوله بأن لصاحب الحائط أن يقول لو اشترطتهم على ما ساقيتك إلا على أقل من هذا الجزء، وهذا يقتضى أن له أن يساقيه على إخراج الرقيق والدواب. وقول ابن القاسم مبنى على أن ذلك لا يجوز، وقد احتج له بما تقدم.

فرع: فإذا قلنا لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط إخراجهم، فإن شرط رب الحائط إخراج من فيه من الرقيق والدواب، ففي الموازية أن عمل على هذا، فللعامل أجر مثله.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية: له مساقاة مثله. قال محمد بن المواز: قد كان يقوله ثم رجع إلى أجر مثله.

وأما لو اتفقا على أنهم كانوا فى الحائط يوم العقد، فإن صاحب الحائط إن ادعى أنه قد شرط إخراجهم لم يخل من ثلاثة أحوال، إما أن يوافقه العامل على ذلك، فيفسد العقد فيفسخ قبل العمل، ويرد بعد العمل إلى أجر مثله، وإما أن ينكر العامل، ويدعى أنه قد شرط إبقاءهم، فالقول قول العامل.

وكذلك لو لم يدع العامل شيئاً أكثر من أنه أنكر الشرط؛ لأنه يدعى الصحة وصاحب الحائط يدعى الفساد، ولو أقر صاحب الحائط أنه لم يشترط شيئاً، وادعى أنه اعتقد إخراجهم لم ينظر إلى ما ادعاه، وكانوا للعامل، والله أعلم.

مسألة: ولو كان فى الحائط إجراء، فأجرتهم على صاحب الحائط.

ووجه ذلك أن الحائط إنما أخذه العامل مساقاة على صفته التى هو عليها حين العقد، وإنما يكون على تلك الصفة بعمل العمال من الرقيق والأجراء والدواب، فلا يجوز إخراج شيء من ذلك عنه كما لا يجوز أن يدفع إليه حائطه مساقاة، ويستثنى مائه الذى يسقى وحى به.

مسألة: ومن مات من الرقيق والأجراء والدواب ممن هو لصاحب الحائط، فعليه خلف ذلك، قاله مالك فى المدونة. زاد فى غيرها: وإن لم يشترط العامل ذلك عليه.

ووجه ذلك أن بقاءهم في الحائط شرط في صحة المساقاة، فلا يجوز أن يخلو وقت من أوقات المساقاة منهم، فلا يتعلق العقد بأعيانهم إلا مع بقائهم، فإن عدموا لزم صاحب الحائط الإتيان بعوضهم، ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر يعينه على الخدمة، فإن الإجارة تبطل بموته.

والفرق بينهما على وجهين أحدهما أن يكون العقد إنمّا يكون يقع على عمل في ذمة صاحب الحائط، ولكن تعين لهؤلاء الأجراء والعمال والدواب بالتسليم واليد كالذى يكتري راحلة مضمونة ثم يسلم إحدى راحله إلى الراكب، فإنه ليس له أن يبدلها.

والثاني أن يتعين الرقيق والدواب بالعقد، ويكون على صاحب الحائط خلف ذلك إن تلف بمقتضى العقد؛ لأن عمل الرقيق ليس بمقصود بالعقد، والعقد ثابت بموت من مات منهم، فلذلك لزم العوض فيهم.

فرع: وهذا إذا كان الأجير مستأجرًا لجميع العام، وإن كان مستأجرًا لبعضه، فلم أر فيه نصًا. وعندى أن عليه أن يعرض منه من يتم العام؛ لأنه لو مات للزمه ذلك، فكانت إذا انقضت مدة إجارته، ولا يمنع ذلك صحة العقد؛ لأن عمل الأجير في الحائط متعلق بذمة صاحب الحائط أو بمعنى ما يتعلق بذمته.

مسألة: ولو استعمل ما في الحائط من الحبال والدلاء والآلة، حتى خلق، ولم تكن فيه منفعة، فعلى العامل خلف ذلك، ولو سرق ذلك، لكان على صاحب الحائط خلفه بمنزلة الرقيق والدواب [لتلك]<sup>(١)</sup>، وقد رأيت لبعض العلماء من شيوخوا. وقد قيل فيه غير هذا، أن على صاحب الحائط خلف ذلك في الوجهين، والأول عندى أظهر.

مسألة: ونفقة الأجراء والرقيق والدواب على العامل دون صاحب الحائط بخلاف الأجرة.

ووجه ذلك أن الأجرة معنى لزم رب الحائط قبل عقد المساقاة، وكذلك أثمان الدواب والرقيق، وليس كذلك النفقة عليهم، فإنها معنى طرأ بعد عقد المساقاة، وبه يتم العمل فكان ذلك على العامل؛ لأن جميع العمل الطارئ عليه.

مسألة: ولو شرط النفقة على صاحب الحائط، لم يجوز ذلك، من الواضحة والموازية؛ لأن النفقة الطارئة بعد العقد على العامل.

(١) ما بين المعقوفين هكذا في الأصل.

#### ٤٦ ..... كتاب المساقاة

فصل: وقوله: «لأنهم عمال المال، فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل إلا بخفيف العمل» يريد أنهم كانوا عمال المال قبل ذلك إلى حين العقد، فظهور المال وقوته، وكثرة عمارته إنما كان بعملهم، ولهم فيه تأثير، فكانوا بمنزلة الماء الذى به صلاح الحائط ونماؤه، فلا لذلك يجوز إخراجهم من المال؛ لأن ذلك بمنزلة السقى، وسائر ما يتصل الانتفاع به.

ولما كانت المساقاة تختلف بما آثره العامل فى الحوائط، فإذا قوى الحائط بالعمل ووضعت بقلته كما يقوى بالسقى، ويضعف بعده، وتختلف رغبة العامل فيه بحسب اختلاف ذلك، لم يجوز إخراج الرقيق كما لا يجوز الاستمساك بالماء.

فرع: وهذا إذا كان الرقيق والدواب فى الحائط حين المساقاة. وأما لو أخرجهم قبل ذلك لصحت المساقاة على استمساك صاحب الحائط لهم، ومتى يكون إخراجهم يبيح الاستمساك لهم، لم أر فيه نصاً محرراً.

فصل: وقوله: «ولن تجد أحداً يساقى فى أرضين، سواء فى الأصل والمنفعة، إحداهما بعين واثنة غزيرة، والأخرى بنضح على شىء واحد» يريد أن الأرضين إذا تسارتا فى طيب الأرض، وقوة النخل وكثرة غلتهما إلا أن إحداهما لسقيها نضح مأمون غزير، لا يتكلف عمل فى إخراجها والسقى به.

والثانية: سقيها نضح يتكلف فيه المؤنة يأخذهما نسقاً واحداً فى عقدين، إلا أن يأخذ إحداهما لمكان الآخر فى عقد واحد، وذلك مما يدل على أن لخفة العمل وشدة تأثيراً مقصوداً فى المساقاة، فلا يجوز أن يشترط منه إلا ما كان عليه الحائط يوم المساقاة؛ لأن فى اشتراط غير ذلك على العامل عملاً لصاحب الحائط يعمله العامل فى غير الحائط.

وفى اشتراط ذلك على صاحب الحائط اشتراط كثير العمل عليه، وذلك كله غير جائز، ومما يبين ذلك ويوضحه أن صاحب الحائط لو عمل فى الحائط أقل السنة أو أكثرها، ثم ساقاه على أن يعطيه العامل قيمة ما عمل فى ذلك العام، لم يجوز ذلك، فاشتراط العمال الذين فى الحائط بمنزلة اشتراط قيمة ما عمل فيه، وذلك كله غير جائز.

فصل: وقوله: «الواثنة الثابت ماؤها، التى لا تغور، ولا تنقطع» الرواية المشهورة عن يحيى وغيره: الواثنة بالناء المعجمة بنقطتين. وقال أبو عبيد فى الغريبين: الواثن الدائم. وفى الحديث «أما تيماء، فعين جارية، وأما خير فماء واتن».

ولم يذكر وأتينا بالثناء المعجمة بثلاث نقط. وحكى صاحب العين: الوثن المقيم بالثناء بثلاث نقط، ولم يذكر وأتينا بالثناء المعجمة بنقطتين، فعلى هذا تصح الروايتان. وأما ابن عمر، فقال: وانية، ولم يذكر التفسير.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَيْسَ لِلْمُسَاقَى أَنْ يَعْمَلَ بِعُمَالِ الْمَالِ فِي غَيْرِهِ وَلَا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ عَلَى الَّذِي سَاقَاهُ.

الشرح: قوله: «وليس للمساقى أن يعمل بععمال الحائط في غيره» يريد من وجد في الحائط من الرقيق، فاشتراطهم حين العقد، أو وجب له ذلك بمجرده، فإنه ليس له أن يستعملهم في غير ذلك الحائط، يريد من حوائطه التي يملكها أو حائط أجنبي اتخذها مساقاة أو عمل فيها بأجرة.

وأما إن كان الرقيق للعامل، فله أن يستعملهم حيث شاء، ويستبدل بهم كيف شاء؛ لأنه إنما عليه العمل في الحائط على صفة معلومة، فعليه أن يأتي بها على كل حال، ويعمل من شاء.

فصل: وقوله: «ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه» يريد أنه لا يجوز له أن يفعل ذلك بغير شرط في العقد، فإن فعل منع من ذلك، ولا يفسد العقد، ولا يتغير شيء منه، ولا يجوز أن يشترط ذلك. زاد في الواضحة: ويفسد هذا الشرط المساقاة؛ لأن اشتراط الزيادة فيها ينافي صحتها.

فرع: فإن شرط ذلك، وفسدت المساقاة، وفاتت بالعمل، فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى أجرة مثله.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَجُوزُ لِلَّذِي سَاقَى أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ رَقِيقًا يَعْمَلُ بِهِمْ فِي الْحَائِطِ لَيْسُوا فِيهِ حِينَ سَاقَاهُ إِلَّاهُ.

الشرح: قوله: «لا يجوز للذي ساقى أن يشترط على رب المال رقيقاً، ليسوا في الحائط» يريد أن يشترط عملهم في حائط المساقاة لأن ذلك ازدياد يزداده العامل على رب الحائط مما يلزم العامل، ولا يجوز أن يشترط منه ما له قيمة؛ لأن المساقاة مبنية على مساقاة ازدياد أحد المتساقين على ما يقتضيه مطلق العقد، ومطلق العقد يقتضى جميع العمل على العامل.

والأصل في ذلك ما روى نافع عن ابن عمر «أن اليهود سألت النبي ﷺ ليقرهم

٤٨ ..... كتاب المساقاة

على أن يكفوا العمل، ولهم نصف الثمر، فقال لهم النبي ﷺ: نقركم بها على ذلك ما شئنا<sup>(\*)</sup>.

ولأننا قد قدمنا أنه لا يجوز اشتراط صاحب الحائط إخراج من فى الحائط من الرقيق والدواب، فبأن لا يجوز للعامل اشتراط من ليس فى الحائط أخرى وأولى.

فرع: وقد جوز مالك أن يشترط العامل من ذلك التافه اليسير، قال فى المدونة: كالعبد والدابة، قال ابن القاسم وغيره: وذلك فى الحائط الكبير، فإن كان الحائط صغيراً، لم يجوز ذلك عندى؛ لأنه يشترط عليه حينئذ جميع العمل.

وروجه الجواز فى الحائط الكبير؛ لأنه لكل واحد من المتساقين أن يشترط على صاحبه اليسير مما يلزمه عمله كما يشترط صاحب الحائط على العامل سد الحظائر والنفقة اليسيرة فى الظفيرة والقف.

فرع: فإذا قلنا بجواز أن يشترط الغلام والدابة، فإن من ذلك أن يشترط بقاؤه فى الحائط مدة المساقاة.

وإن مات أخلف ذلك رب الحائط، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال فى العتبية: لو لم يشترط ذلك، لم يجوز، ولو شرط رب الحائط أن يخلفه، فقد قال فى الواضحة: لا يجوز ذلك.

وروجه ذلك ما فيه من الغرر؛ لأن ما عقداً باق لا يبطل بموت الغلام، فإذا لم يكن عليه خلفه، فقد اشترط عمله مدة مجهولة، وذلك غير جائز.

مسألة: ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط غلامه معه، قاله ابن القاسم فى المدونة. وقال سحنون: إذا كان الحائط كبيراً يجوز اشتراط الغلام فيه، جاز اشتراط عمل رب الحائط فيه.

وجه قول ابن القاسم أن من حكم المساقاة أن يكون الحائط بيد العامل كالقراض، وعمل رب الحائط يمنع من ذلك.

وروجه قول سحنون أن هذا اشتراط عمل عامل واحد فى حائط كبير، فجاز ذلك كما لو اشترط عمل أجير.

---

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣١٥٢. الترمذى حديث رقم ١٣٨٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٦٣. أبو داود حديث رقم ٣٠٠٨. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٦٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٨٣٩.

فرع: فإن قلنا بقول ابن القاسم، فعمل على ذلك، ففي المدونة: يرد إلى مساقاة مثله. وقال ابن المواز: يرد إلى إجارة مثله.

وروجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن مالكا قد أجاز اشتراط عمل الدابة والغلام، فأشار بذلك إلى أنه مكروه من أجل اليد، وأنه ليس من الحرام لما جوز ذلك ما هو في معناه.

وروجه قول ابن المواز أنه مساقاة تزيل يد العامل، فردت إلى الإجارة، كما لو شرط صاحبه بقاء الحائط في يده.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا يَنْبَغِي لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الَّذِي دَخَلَ فِي مَالِهِ بِمُسَاقَاةٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ رَقِيقٍ [الْمَالِ] (\*) أَحَدًا يُخْرِجُهُ مِنَ الْمَالِ، وَإِنَّمَا مُسَاقَاةُ الْمَالِ عَلَى حَالِهِ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ. قَالَ: فَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ يُرِيدُ أَنْ يُخْرِجَ مِنْ رَقِيقٍ الْمَالِ أَحَدًا فَلْيُخْرِجْهُ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ أَوْ يُرِيدُ أَنْ يُدْخِلَ فِيهِ أَحَدًا، فَلْيَفْعَلْ ذَلِكَ قَبْلَ الْمُسَاقَاةِ ثُمَّ يُسَاقَى بَعْدَ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ.

الشرح: قوله: «لا ينبغي لرب المال، أن يشترط على العامل إخراج أحد من رقيق المال» يريد أن حكم المساقاة إبقاء من كان من خدام المال يوم المساقاة؛ لأن المساقاة إنما تكون فيه على حاله الذي هو عليه يوم العقد؛ لأن بعمل العمال صار على الصفة التي يتراضيان عليها، ويأخراج المعين عن الحائط نقص عن تلك الصفة، فصارت بمنزلة استثناء شيء من الحائط الذي يعمل في جملة، وقد جوز ذلك ابن نافع، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «وإن كان صاحب المال، يريد أن يخرج من الرقيق أحداً، فليخرجه، أو يدخل فيه أحداً فليدخله قبل المساقاة، ثم يساقى على ذلك إن شاء» يريد أنه أن يخرج الرقيق منه أو يدخل فيه من غير رقيقه، من لم يكن فيه العدد الكثير الذي لا يجوز أن يشترط العامل ممن ليس في الحائط.

قَالَ: وَمَنْ مَاتَ مِنَ الرَّقِيقِ أَوْ غَابَ أَوْ مَرِضَ، فَعَلَى رَبِّ الْمَالِ أَنْ يُخْلِفَهُ.

الشرح: قوله: «ومن مات من الرقيق» يريد من رقيق الحائط الذين كانوا فيه يوم

(\*) ما بين المعقوفين مطموسة في الأصل وما أوردناه من الموطأ.

## ٥٠ ..... كتاب المساقاة

العقد، أو شرط العامل في العقد، فمن لم يكن فيه كالدابة والأجير في الحائط الكبير، فمن مات منهم أو غاب بإباق أو مرض، «فعلى رب الحائط خلقه» يريد أن يعرض منه، وكذلك كل ما يمنع من خدام الحائط من العمل؛ لأنه إذا انعقدت المساقاة على تخفيف العمل عنه مدة المساقاة، ويصح أن يتعلق بأعيانهم، ويلزم صاحب الحائط العوض منهم إن تعذر ذلك منهم؛ لأن العقد لا يتناولهم؛ لأن عملهم ليس بعوض فيه، وإنما هو مستثنى مما يلزم العامل.

ويلزم صاحب الحائط أن يأتي بهم، وإن كان يلزمه في ذلك من الأجر أكثر من حصته من ثمر ذلك العام بخلاف أرض السقي يغور ماء بئرها بعد الزراعة، فإن على صاحبها أن ينفق فيها كراء سنة، لا يزيد على ذلك، وكذلك المساقاة يغور بئر الحائط أو ينهار، فإن للعامل أن ينفق في ذلك قيمة حصة رب الحائط من ثمرة ذلك العام لا زيادة على ذلك.

فرق: فعلى هذا ما تقدم من ذلك على ثلاثة أضرب، ضرب: لا يلزم صاحب الحائط والدار أن ينفق فيه، قليلاً ولا كثيراً، كبنيان الدار المكتراة، وغور العين للأرض المكتراة قبل الزراعة. والضرب الثاني: يلزم صاحب الحائط أن ينفق فيه منفعة سنة كالنفقة على عين الأرض المكتراة، أو حائط المساقى. والضرب الثالث: يلزمه أن يعيده إلى ما كان بلغ ذلك ما بلغ كرقيق حائط المساقى ودوابه.

والفرق بينه وبين البئر والعين أن الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل الإتيان به من عمل الحائط، وإنما لزم بقاءهم في الحائط لسقي الحائط على صفته التي كان عليها، ثم على العامل عمل ما زاد على ذلك.

فإذا زالوا من الحائط، لم يكن العامل عمل ما زاد على عملهم مع عدم عملهم، وكان ذلك بمنزلة صاحب العلو والسفل، يلزم صاحب السفل أن يبني أو يبيع ممن يبني لتمكن صاحب العلو من عمله؛ لأنه لا يمكنه العمل دون أن يبني صاحب السفل، فيلزمه إعادة عمله على ما كان بالغاً ما بلغ.

وليس كذلك ماء العين، فليس من جنس ما يلزم العامل الإتيان به، فإذا لم يكن تعلق به حق العامل، لم يلزم صاحب الحائط الإتيان به ليستوفي للعامل منفعة، وإذا تعلق به حق العامل بالعمل والزراعة في اكتراء الأرض، ولم يتعلق إصلاح ذلك بذمته، وإنما تعلق بما لصاحب الأرض في ذلك.



كتاب المساقاة ..... ٥١

مسألة: ومن أدخله العامل في الحائط من غلام أو أجير أو دابة فتعذر عليه بموت أو غيبة أو مرض، فعلى العامل عوضه، لأن المساقاة انعقدت على أن عليه ذلك العمل في جميع مدة المساقاة.

\* \* \*

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كتاب كراء الأرض

### ما جاء في كراء الأرض

١٣٧٢ - مَالِك، عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ حَنْظَلَةَ بْنِ قَيْسٍ الزُّرْقِيِّ، عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ. قَالَ حَنْظَلَةُ: فَسَأَلْتُ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ، فَقَالَ: أَمَّا بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ، فَلَا بَأْسَ بِهِ<sup>(١)</sup>.

١٣٧٢ - أخرجه البخاري في المزارعة ٢٣٢٧. مسلم في البيوع ١٥٤٧، ٢٥٤٨. الترمذي في الأحكام ١٣٨٤. النسائي في الأيمان والنذور ٣٨٦٠، ٣٨٦١، ٣٨٦٣، ٣٨٦٤، ٣٨٦٥، ٣٨٦٦، ٣٨٦٧، ٣٨٦٨، ٣٨٦٩، ٣٨٧٠، ٣٨٨٦، ٣٨٨٧، ٣٨٩٢، ٣٨٩٣، ٣٨٩٥، ٣٨٩٦، ٣٨٩٧، ٣٨٩٨، ٣٨٩٩، ٣٩٠٠، ٣٩٠١، ٣٩٠٢، ٣٩٠٤، ٣٩٠٥، ٣٩٠٦، ٣٩٠٧، ٣٩٠٨، ٣٩٠٩، ٣٩١٠، ٢٩١١، ٣٩١٢، ٣٩١٣، ٣٩١٤، ٣٩١٥، ٣٩١٦، ٣٩١٧، ٣٩٢٠، ٣٩٢١، ٣٩٢٢، ٣٩٢٣، ٣٩٢٤. أبو داود في البيوع ٣٣٨٩، ٣٣٩٢، ٣٣٩٣، ٣٣٩٤، ٣٣٩٥، ٣٣٩٧، ٣٣٩٨، ٣٣٩٩، ٣٤٠٠، ٣٤٠١. ابن ماجه في الأحكام ٢٤٥٣، ٢٤٥٨، ٢٤٦٠، ٢٤٦١، ٢٤٦٧. أحمد في مسند المكثرين من الصحابة ٤٤٩٠، مسند المكيين ١٥٣٧٦، ١٥٣٨٤، مسند الشاميين ١٦٨٠٥، ١٦٨١٦، ١٦٨٢٧.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٢٦/٨: اختلف الناس في كراء المزارع، فذهب فرقة إلى أن ذلك لا يجوز بوجه من الوجوه، ومالوا إلى ظاهر هذا الحديث، وما كان مثله، قالوا: إنه قد روى عن رافع بن خديج من هذا الوجه، وغيره خلاف ما حكاه ربيعة، عن حنظلة عنه من تأويله. هذا، وذكروا أن أحاديث رافع في ذلك مضطربة الألفاظ، مختلفة المعاني، واحتجوا بما حدثناه إسماعيل بن عبد الرحمن القرشي، قال: حدثنا محمد بن العباس الحلبي، قال: حدثنا أبو عوانة الحسين بن محمد الحراني بجران، قال: حدثنا عمرو بن عثمان الحمصي، قال: حدثنا ضمرة بن ربيعة، عن ابن شوذب، عن مطر، عن عطاء، عن جابر، قال: «خطبنا رسول الله ﷺ فقال: من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يواجرها».

كتاب كراء الأرض ..... ٥٣

١٣٧٣ - مَالِكُ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنْ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ.

١٣٧٤ - مَالِكُ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّهُ سَأَلَ سَالِمَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ عَنْ كِرَاءِ الْمَزَارِعِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهَا بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ.

قَالَ ابْنُ شِهَابٍ: فَقُلْتُ لَهُ: أَرَأَيْتَ الْحَدِيثَ الَّذِي يُذَكِّرُ عَنْ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ، فَقَالَ: أَكْثَرَ رَافِعٍ، وَلَوْ كَانَ لِي مَزْرَعَةٌ أَكْرَيْتُهَا.

الشرح: قوله: «أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع» عام فى كل ما تكرر به إلا ما خصه الدليل، فأتى من ذلك المنع فى الجملة، ذهب طائوس فى أحد قوليهِ، وذهب فقهاء الأمصار إلى تجويز ذلك.

ووجهه أن الراوى للمنع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبى ﷺ، وإنما أخبره عنه وهو الذى أخبر بأن ذلك مقصور على غير الذهب والورق.

ومن جهة المعنى أنه لو لم يجز استئجارها لمنفعتها المقصودة، لجازت المساقاة فيها كالنخل، ولما لم تجز المساقاة فيها، جاز استئجارها كالدواب وسائر ما يستأجر.

فصل: وقول حنظلة: «فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق، فقال: أما الذهب والورق، فلا بأس به» يقتضى إباحة ذلك بالذهب والورق، وقد ذهب إلى إباحته بغير الذهب والورق مالك وفقهاء الأمصار غير ربيعة، فإنه منعه بغير الذهب والورق.

والدليل على ما نقوله أن ما جاز استئجاره بالذهب والورق، جاز استئجاره بالحيوان والثياب كالرواحل.

فإذا ثبت ذلك، فإنه يجوز استئجاره بكل ما ليس بمطعوم، ولا ثابت فى الأرض على مذهب مالك ورواية ابن القاسم عنه، وقد تقدم ذكر ما لأصحابنا وغيرهم فى ذلك من الاختلاف مما لا يليق بهذا المختصر.

فصل: وقول ابن شهاب لسالم، وقد قال له: يجوز كراؤها بالذهب والورق: «رأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج» يريد قوله: نهى رسول الله ﷺ عن

١٣٧٣ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٠.

١٣٧٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨١.

٥٤ ..... كتاب كراء الأرض

كراء المزارع، ويتناول عموم ذلك للمنع من كرائها بذهب وورق وغيره، فقال له سالم: «أكثر رافع» يريد أنه روى من النهي ما منع منه، وما لم يمنع، وأن النهي إنما توجه إلى منفعة بغير الذهب والورق، لكن رواه بلفظ العموم، أو نقل اللفظ على ما سمعه، ولم ينقل معه ما يمنع حمله على العموم من العرف والعادة، أو ما يوجب التخصيص ويدل عليه.

فصل: وقوله: «ولو كانت لى مزرعة أكريتها» على معنى تجويز الكراء فى الجملة، لا على معنى تجويز إكرائها بكل عوض، وإنما يقتضى ذلك أنه يرى اكترائها جائزاً فى الجملة، ثم ينظر فى العوض الذى روى عنه أنه جوز ذلك بالذهب والورق، وسكت عن اكترائها بغير ذلك.

وقد روى نافع عن عبدالله بن عمر «كان يكرى مزارعه على عهد النبى ﷺ وأبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وصدرًا من إمارة معاوية، ثم حدث رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع، فذهبت معه، فسأله فقال: نهى النبى ﷺ عن كراء المزارع. فقال ابن عمر: قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ بما على الأربعاء وشيء من التين»<sup>(\*)</sup>.

وروى ابن شهاب عن سالم بن عبدالله أن عبدالله بن عمر، قال: كنت أعلم فى عهد رسول الله ﷺ أن الأرض تكرى، ثم خشى عبدالله أن يكون النبى ﷺ قد أحدث فى ذلك شيئاً لم يكن علمه، فترك اكتراء الأرض، فقال ابن عمر لرافع بن خديج: قد علمت أنا كنا نكرى مزارعنا على عهد رسول الله ﷺ بما على الأربعاء وبشيء من التين، ليس فيه أن النبى ﷺ علم به فأقره، بل هو نفس المنهى عنه، والمتفق عليه على المنع منه.

وقد روى رافع بن خديج عن عمه أنهم كانوا يكرى الأرض على عهد رسول الله ﷺ بما ثبت على الأربعاء، أو شيء يستثنى صاحب الأرض، فنهانا النبى ﷺ عن ذلك. فقد تناول نهى النبى ﷺ ما كان ابن عمر يفعله إلا أن ابن عمر لم يكن علم بنهيه عن ذلك.

قال الليث فى هذا الحديث: وكان الذى نهى عنه من ذلك ما لو نظر فيه ذو الفهم بالحلل والحرام، لم يجزه لما فيه من المخاطرة، وقد بين علة ذلك رافع بن خديج من

---

(\*) أخرجه البخارى بلفظه، كتاب المزارعة حديث رقم ٢٣٤٤.

رواية يحيى بن سعيد عن حنظلة الزرقى عن رافع، قال: كنا أكثر أهل المدينة حقلاً وكنا نكرى الأرض بالناحية منها مسماة لسيد الأرض، فما يصاب ذلك وتسلم الأرض مما تصاب الأرض، ويسلم ذلك، فنهاهم النبي ﷺ ولعل ابن عمر لما بلغه نهى النبي ﷺ عن ذلك امتنع منه، وجوزه بالذهب والورق على ما جوزه ابنه سالم، ويحتمل أن يكون امتنع منه جملة لما خشى أن يكون حدث من النبي ﷺ في ذلك منع عام، والله أعلم.

١٣٧٥ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ تَكَارَى أَرْضًا، فَلَمْ تَزَلْ فِي يَدَيْهِ بِكَرَاءٍ حَتَّى مَاتَ. قَالَ ابْنُهُ: فَمَا كُنْتُ أَرَاهَا إِلَّا لَنَا مِنْ طُولِ مَا مَكَّثَتْ فِي يَدَيْهِ حَتَّى ذَكَرَهَا لَنَا عِنْدَ مَوْتِهِ، فَأَمَرْنَا بِقَضَاءِ شَيْءٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ كِرَائِهَا ذَهَبٌ أَوْ وَرَقٍ.

١٣٧٦ - قَالَ مَالِكٌ عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ كَانَ يُكْرِى أَرْضَهُ بِالذَّهَبِ وَالْوَرَقِ.

الشرح: قوله: «أن عبد الرحمن بن عوف كان يكرى أرضاً، فلم تزل فى يديه حتى مات» يحتمل أنه كان اكتراها مساقاة، وذلك بأن يكرىها منه بدينار فى كل عام، ولا يحد فى ذلك أعواماً، ولكنه يطلق فيها القول، وهذا عند مالك جائز، وانع منه الشافعى، وقال: هو باطل.

والدليل على ما نقوله ما روى ابن عمر «أن اليهود سألوا النبى ﷺ أن يقرهم على أن يكفوا العمل، ولهم شطر الثمرة، فقال: نقركم على ذلك ما شئنا» (\*). وهذا نص فى موضع الخلاف.

ومن جهة المعنى أن ما جاز العقد على واحد منه غير معين، جاز العقد على جملة منه غير مقدرة، كما قال: اشترى منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنما يلزم هذا لكراء ما مضى، وللمكترى أن يخرج متى شاء،

١٣٧٥ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٢.

١٣٧٦ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٨٣.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣١٥٢. الترمذى حديث رقم ١٣٨٣. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٦٣. أبو داود حديث رقم ٣٠٠٨. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٦٧. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٨٣٩.

٥٦ ..... كتاب كراء الأرض

ولصاحب الأرض أن يخرج متى شاء، رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية؛ لأن عدم التقدير في الكراء ينافي اللزوم؛ لأنه لو لزم لتأبد وذلك مناف للكراء، ولا يلزم منه إلا وجبية واحدة في المشهور من المذهب، وهذا إذا قال: كل شهر بدرهم أو كل سنة بدرهم أو في السنة أو في الشهر بكذا، رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

وروى في كتاب محمد: أو الشهر. وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون: وروايتهما عن مالك أنه إذا قال: كل شهر أو الشهر أو في الشهر بكذا، فالشهر الأول لازم، وما زاد على ذلك فلكل واحد منهما نقضه في أول الشهر كان أو آخره.

وجه رواية ابن القاسم أنه شهر لم يتعين إلا كتعيين غيره، فيجب أن لا يكون لازماً كالثاني.

وجه رواية ابن الماجشون أنه ما قدر به الكراء أقل ما يجب لزومه بالعقد؛ لأن العقد مقتضاه اللزوم، وما زاد على ذلك، فلم يتناوله اللزوم؛ لأنه زائد على ما قدر به الكراء.

فرع: فإن نقله الكراء، فقد لزمهما مقدار ما نقد منه؛ لأن النقد قد قطع ما احتمله اللفظ من الخيار، وأخرجه إلى اللزوم في ذلك القدر، ولو اكترى منه سنة معينة على أن يخرج متى شاء، جاز.

مسألة: ولو عقد الكراء بأنى قد اكترى هذه الأرض سنة أو هذه الدار شهراً، فهو جائز لكون المدة من وقت الكراء، ويكون ذلك بمنزلة التعيين للسنة، وإن كانت داراً، ففي المدونة: إن اكترها سنة، ولم يسم متى سكنها، فإن ذلك جائز.

فإن اكترها بعد مضي عشرة أيام من السنة، فإنه يحسب بقية هذا الشهر الذى ذهب بعضه، ثم يحسب أحد عشر شهراً بعده بالأهلة، ثم يتم على الأيام الأولى شهراً ثلاثين يوماً، فيكون من هذا العام شهر واحد على الأيام وأحد عشر شهراً بالأهلة.

وأما إن كانت أرضاً، فإن كانت من الأرض التى تزرع العام كله فيها القول والخضر، فيصح أن يكتري مشاهره ومساناة، وإن كانت خالية من الزرع، فأول سنيها من يوم العقد، وإن كان فيها خضرة أو زرع، فمن وقت تخلو، وآخر عامها على ذلك على مثل ما تقدم من الدور، إلا أن يكون لأهل بلد عرف في الكراء بالشهور العجمية في الأرض، فيكون إضلاق الكراء يقتضى ذلك.

كتاب كراء الأرض ..... ٥٧

وإن كانت من الأرض التي إنما تزرع مدة كأرض النيل وما أشبهها، فأول سنتها وقت زراعتها، ووقت الزرع للحرث إن كانت أرضاً يقدم لها الحرث، وآخر عامها على ما قاله في المدونة: رفع الزرع.

فإن بقى من العام شهر أو شهران، وما لا ينتفع فيه الزرع، فليس للمكتري أن يحرث فيها زرعاً إلا بكراء مؤنتف، ولا يحط عنه لما بقى شىء، ولربها حرثها لنفسه، وليس للمكتري منعه؛ لأنه مضار، ولو زرعها المكتري، وهو يعلم أن الوجيبة تنقضى قبل تمام زرعته بالأيام والشهر، فربها خير، وإن شاء حرث أرضه وأفسد زرعته، وإن شاء أقره، وأخذ بالأكثر من كراء المثل، وبحساب كراء الوجيبة، قاله ابن حبيب. ووصف ذلك كله أنه منعه من الزراعة لانقضاء عامه.

فرع: فإن كانت من الأرض التي تزرع العام كله، وأتى آخر العام وللمكتري فيها زرع أو بقل، فقد قال مالك: ليس لصاحب الأرض قلعه وزرعته ولا يقلعه، ويترك ذلك حتى يتم، ولرب الأرض كراء مثل أرضه على حساب ما كان اكترها منه.

واختلف شيوخنا فى تأويل هذا اللفظ، فقال بعض أهل بلدنا: إن ظاهر اللفظ أنه متضاد؛ لأن كراء أرضه، مفهومه ما يساوى أرضه، كان ذلك أقل من حساب ما اكترى أو أكثر.

وقوله: على حساب ما كان اكترها، يقتضى الاعتبار بما تقدم من عقدهما سواء كان ذلك أقل من كراء مثلها أو أكثر، قال: ولكن له فى المسألة قولان، أحدهما: كراء المثل. والثانى: له كراء من حساب ما كان اكترى.

وقال بعض القرويين: قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والصحيح عندى من ذلك أن معنى هذا الكلام أن عليه كراء مثل تلك المدة؛ لأن أوقات السنة يختلف فى كثرة الكراء وقلته، ولذلك قال مالك: ليس كراؤها فى الشتاء والصيف واحداً، فكراء مثل أرضه إنما أراد من الأرض التي تستعمل السنة كلها، فتعتبر كراؤها فى مثل ذلك الوقت من السنة، ولكنه على حساب ما اكترى.

فإن اكترها منه بعشرة دنانير، وتلك المدة وإن كانت شهراً واحداً فحصته من كراء السنة الربع لرغبة الناس فيه وآخر وقت الغلة، فيكون عليه ديناران ونصف، وإنما جاز له أن يعتبر بما عقد عليه من الكراء، كان أكثر المثل أو أقل، وإن كانت المدة خارجة عن عقد؛ لأنه زرع فى وقت كان له العمل؛ لأنها مدة قد استحقها بالكراء، ولا فائدة

٥٨ ..... كتاب كراء الأرض  
لها إلا الزرع، فلذلك أسندت المدة المستقبلية إلى هذه الأولى لأنها بسببها، ولولا ذلك  
لكانت مدة تعد وظلم يكون لصاحب الأصل فيها كراء المثل يأمره بقلع ما زرع، وهذا  
موضع الخلاف، فإن الغير يقول: لم يكن للمكتري أن يزرع حال لم يبق له من شهوره  
مدة يتم فيها زرعه.

فإذا زرع، فقد تعدى في بقية المدة، فعليه كراء المثل إلا أن يكون أقل مما يجب له  
على حساب ما مضى، فعليه الأكثر لأنه راض إذا عملها بحساب ما مضى. وفي  
الواضحة: أن المكتري أرض المساقاة قبل أن يعتمد إلى انقضاء الوجيبة، فجاز ذلك أيام  
أو شهر، فله كراء ذلك على ما ذكرناه، يريد أن الأكثر من كراء المثل، أو على  
حساب ما كان اكتري.

وإن علم أنه لا يبلغ تمامه إلا بالوجيبة بأمر بعيد، فلرب الأرض أن يقلع أو يترك،  
وله الأكثر من كراء الوجيبة أو كراء المثل، فقال في أول المسألة: له أن يعتمد إلى  
انقضاء الوجيبة، ثم حكم في ذلك بحكم المنع، وإنما تحقق القول على مذهبه أن له أن  
يعتمد ما تيقن أن ورقته تتم قبل انقضاء الوجيبة، ولو تبايعا عند الزراعة لوجب أن  
تكرى الأرض، ويكون لكل واحد منهما من الكراء بقدر ما له من المدة.

مسألة: ولو اكتري أرضاً سنين فغرسها فانقضت المدة، وفيها شجر المكتري، فإن  
لصاحب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة، أو يأمر المكتري بقلعها، ولو انقضت المدة  
وفيها زرع، لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذها بقيمتها، ولا أن يأمره بقلعه.

والفرق بينهما أن الزرع له أمر يكمل فيه، وتخلو الأرض منه، فلذلك كان لصاحبه  
أخذها؛ لأنه مما ينقل ويحول والشجر أصل ثابت، فلو لزم بقاؤه في الأرض لاستحق  
صاحبه الأرض بغير عوض وخرج عن حكم الكراء الذي مقتضاه أن ينقضى بانقضاء  
أمد إلى حد الاستحقاق في الثمرة المؤبرة.

ولو كان في الشجرة ثمرة مؤبرة لم يخل أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة، فإن كانت  
غير مؤبرة، فقد قال غير واحد من القرويين: إن كانت الشجرة غير مؤبرة أجبر  
المكتري على قلع شجره، وإن كانت مؤبرة لم يجبر على قلعها، وكان له إبقاؤها حتى  
تتم ثمرتها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الأرض على ضربين، مأمونة وغير مأمونة. فأما  
المأمونة فهي أرض النيل. قال مالك: وليس أرض المطر عندى بينا كيان أرض



كتاب كراء الأرض ..... ٥٩

النيل، وإن كانت لا تكاد تخلف فالنقد جائز خلافاً لعمر بن عبد العزيز في أرض النيل.  
والدليل على ما نقوله أن الغالب من منافعها الاستيفاء، فجاز الكراء فيها كسكنى الدور. قال مالك وأصحابه: وكذلك أرض الآبار والأنهار؛ لأنها لا تكاد تخلف إلا في الغب.

مسألة: وأما أرض المطر، فإن كانت لا تخلف، فقد قال مالك. لا بأس به، والنيل أبين، وبه قال ابن عبد الحكم وأصبغ وابن الماجشون، وقد قيل لهما إن أرض الأندلس أرض مطر، ولا تكاد تخلف، فقالوا: لا ينعقد فيها حتى يأتيها المطر الذي يحرق عليه، ولا ينتظر بها الرواء بخلاف أرض النيل.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أن معنى المأمونة عند مالك أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض النيل. فأما أرض المطر، فلا يكفيها إلا المطر المتكرر، ولو أراد أن المأمونة هي التي لا ينقطع عنها السقى بوجه، لم تكن أرض النيل بمأمونة، فإنه قد ينقطع عنها السقى كما ينقطع المطر لكنها تفارقها لما قدمناه.

مسألة: وأما الأرض التي ليست بمأمونة، فلا يجوز النقد فيها بشرط عند العقد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي.

والدليل على ما نقوله أنه لما كانت منفعتها المقصودة منها لا تتم إلا بالمطر، لم يجب له كراء الأرض إلا مع المطر، ولما كان عدمه معتاداً لم يجوز النقد؛ لأن بعدم المطر يجب رده، فيكون تاره كراء إن نزل المطر، وتاره سلفاً إن عدم المطر.

فرع: فإن نقد بشرط، فقد روى في العتبية حسين بن عاصم فيمن اكترى أرضه عشر سنين، وهى أرض مطر وانتقد، فإن لم تكن مأمونة، فهى كراء وسلف يفسخ ما لم يفت، فإن حرثها لقلب أو زرع، فذلك فوت ويقاصه بكراء سنة بعينها من سائر السنين من الثمن الذي قبض، ويرد لما بقى.

ووجه ذلك أنه كان نقده بشرط لم يجوز؛ لأنه سلف جر منفعة، وإن نقده بغير شرط، فقد أطلق اللفظ في المسألة، والأظهر الجواز، وإن كان بشرط ذلك، فهو عقد فاسد، فيفسخ ما لم يفت، فإن فات بالعمل، لزمه بكراء المثل، فيقاصه كما تقدم في كراء سنة معينة لأنه فيها، ولا يقضيه غيرها، ويترك ذلك ديناً عليه يأخذ به منفعة أرض، فيؤدى إلى فسخ دين في دين.

٦٠ ..... كتاب كراء الأرض

مسألة: فإن أطلق العقد فى كراء الأرض، فمتى يلزم النقد، رأيت لأبى محمد بعد الحق: أن كراء الأرض على ثلاثة أوجه. فأما أرض المطر، فلا يلزمه أن ينقد حتى يتم زرعها؛ وأما أرض النيل والمأمونة من المطر، فينقده إذا رويت.

وأما أرض السقى التى زرع بطوناً، فينقده عند ابن القاسم، عند تمام كل بطن ما ينوبه، وعند أشهب: عند ابتداء كل بطن ما ينوبه، ولا فرق بين الأول والثانى عندهما.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتاج هذا إلى تأمل، فإنه قد ذكر فى المدونة أنه لا يصلح النقد فى أرض المطر إلا بعد ما تروى، وتمكن من الحرث، وهذا لا يجوز أن يريد إلا غير المأمونة، فإن المأمونة يصلح النقد فيها قبل أن تروى، ولكنه لعله أراد فى مسألة المدونة الرى المبلغ، وعلى ذلك تصح المسألة.

وإنما يلزم النقد فى أرض النيل إذا رويت؛ لأنها إنما تروى مرة واحدة، وبها يتم الزرع، فما كان من أرض المطر هذا حكمه، فهى المأمونة عند مالك، وما كان توالى المطر عليها لا يكاد أن يخلف لكنه يحتاج إلى تنابعه فى إتمام الزرع، فلا يلزم النقد بنفس الرى الأول، وإنما يلزم النقد بالرى المبلغ.

وأما أرض الخضر التى ترزح بطوناً، فقد قال أشهب: يلزمه أن ينقد أول كل بطن ما ينوبه. وقال ابن القاسم: ينقد عند تمام كل بطن ما ينوبه، وإن كانت من الأرض التى يكفيتها أول سقية لتتمام البطن، فهى التى أراد أشهب؛ لأنها بمنزلة أرض النيل إذا قصد بها الزرع، وإن كان يحتاج إلى متابعة السقى، فهى التى عنها ابن القاسم، وسواء كان الماء من عين أو بئر، وهى التى تشبه السكنى.

ووجه ذلك أن الأرض إذا كان ما زرع فيها يتم بأول رى لزم النقد مع وجوده؛ لأن الذى على صاحب الأرض إنما هو فى أرضه، فقد قبض ذلك المكرب الأرض إذا جعلناها قابضة، فلزمه النقد، وإن كانت تحتاج إلى توالى المطر وتتابعه، فلم يقع الاستيفاء، فلم يلزم النقد.

وأما اشتراط الكراء، فقد تقدم أنه يجوز فى الأرض المأمونة من النل والسيح أو المطر على أى وجه كان أمانها عند العقد. وأما أرض المطر التى يتخلف مطرها، فلا يجوز اشتراط قبض ذلك عند العقد.

مسألة: فإذا وقع العقد على الجائز من ترك اشتراط النقد، فمتى ينقد، فقد قال مالك: لا يصلح النقد فيها إلا إذا رويت، وذلك ينقسم قسمين.

كتاب كراء الأرض ..... ٦١

فإن كانت من أرض النيل، فإذا قبض الأرض، وقد رويت، لزمه عند ابن القاسم نقد الكراء، وإن كانت من الأرض التي لا يتم زرعها إلا بالمطر، أرض نيل كانت أو أرض مطر، فإنه لا ينقده الكراء حتى يتم. وقال غيره: إذا كانت مأمونة السقى وجب الكراء نقداً.

فوجه قول ابن القاسم أن الكراء إنما يجب بتمام المنفعة، وذلك إنما يكون بالرى المبلغ.

ووجه قول الغير أن المنافع المنتفية والتي ظاهرها والغالب فيها إمكان القبض بمنزلة المقبوضة.

فصل: وأما اكتراء الأرض، فإن كانت مأمونة، فإنه يجوز عقد الكراء قبل إبان الحرث، وتكرى العشر سنين وأكثر، ما لم يكثر ذلك، فإن كانت غير مأمونة كأرض المطر التي تروى مرة، وتعطش أخرى، فأجاز الرواة اكتراءها، قبل إبان الحرث إذا لم ينقد.

وقال غيره: لا تكرى إلا قرب الحرث مع وقوع المطر والرى، ويكون مبلغاً لها أو لاكثر، مع رجاء غيره، ولا يجوز اكتراءها أكثر من سنة واحدة.

وجه قول ابن القاسم أن عقد الكراء لا يمنع منه مخافة فوات المقصود التمكن من تسليم العين وإنما يمنع من صحته تعذر تسليم العين، فإن ما يؤثر مخافة فوات المقصود من تعجيل النقد.

ووجه قول الغير ما احتج به من أنه لا فائدة في هذا العقد قبل وقت العمل، إلا مجرد التحجير على صاحب الأرض من البيع وغيره، فوجب أن يكون ممنوعاً منه. وقول ابن القاسم أظهر.

مسألة: وقد قال مالك في المدونة: لا أحب أن يتكارى أرضاً ما ليس فى مثله ما يكفى زرعه. قال ابن القاسم: وإنما كرهه من وجه الغرر.

والفرق بينه وبين أرض المطر، أن هذا إنما يدخل من الماء على قدر ما يرى، فإن كان فيه ما يبلغ زرعه، وإلا فلا شئ له غيره، وأرض المطر إن لم يأت من المطر ما يبلغ زرعه وإلا سقط عنه الكراء.

قال: ولو تكاريا على أنه لم يكفه ما رأى من الماء، رجع عليه بالكراء، فإنه أيضاً

٦٢ ..... كتاب كراء الأرض

خطأ، ولأن صاحب الأرض لو علم أن ذلك الماء يتم به الزرع، لم يكره بأمثال ذلك، يريد أن الماء معلوم، وإنما تخاطرا في تمام الزرع به أم لا.

وأما المطر فمأؤه غير معلوم، وإنما يكثرى على التبليغ، ولا يعلم المكترى من حال المطر، إلا ما يعلمه المكترى، فلم يكن ذلك من وجه الخطر المانع صحة العقد، وهذا كبيع الآبق الذى لا يتيقن تسليمه أو بيع المهر الصعب المطلق، فإنه لا يجوز بيعه، وإن شرط أنه لم يستطع قبضه، رد إليه الثمن، والله أعلم.

مسألة: ومن اكرى أرضاً ليزرعها شعيراً، فإن أراد أن يزرع فيها حنطة، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن أراد أن يزرع فيها ما مضرت مضره القمح أو أقل، جاز له ذلك، وإن أراد أن يزرع فيها ما مضرت أشد من مضره القمح، لم يكن له ذلك.

ووجه ذلك أن ما تستوفى به المنافع فى الإجازات لا يتعين، وإنما تتعين العين التى يستوفى منها المنافع، وجنس العين التى يستوفى بها كحمل الراحلة، وإنما تتعين الراحلة، ويتعين جنس الحمل ليمتنع ما هو أضر منه، ولا يمتنع المكترى مما هو مثله.

فرع: فإن زرعها ما ضرره أكثر من الشعير، فلربها كراء الشعير وقيمة الزيادة بالضرر، قاله القاضى أبو محمد. وقال الشافعى: له كراء المثل.

ودليلنا على ذلك أنه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه، فلربه بقدر ما زاد مع ما عقد به. أصل ذلك اكتراء دابة من بغداد إلى حلوان، فيتعدى بها إلى الرى، فإن له الأجرة من بغداد إلى حلوان، وكراء المثل من حلوان إلى الرى.

مسألة: ومن اكرى أرضاً سنين للزرع، لها بئر أو عين، فذهب مأوها، فإن لم يكن له زرع انفسخ الكراء، وليس له أن ينفق فى إصلاح ذلك كراء عامه ذلك ولا غيره، قاله محمد بن المواز وعبد الملك بن حبيب وغيرهما.

ووجه ذلك أنه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما اكرى من الماء الذى تتم به المنفعة المقصودة كما لو اكرى داراً ليسكنها، فانهدم بناؤها، وليس له على صاحبها إصلاحها؛ لأنه لم يزرع فيها بعد، فلم يتلف له إلا ما لا يترك الإنفاق فيها.

قال ابن المواز: فإن أنفق فيها المكترى، فهو مصدق، ثم لا يلزم ذلك لربها إلا أن يشاء فيؤدونه نقداً، وإن حسبه فى الكراء، جاز. قال ابن الموز: فإن أنفق فيها المكترى، فهو مصدق، ثم لا يلزم ربها ذلك، ولم يكن ديناً بدين.

كتاب كراء الأرض ..... ٦٣

مسألة: وإن كان قد زرع الأرض، فلا يخلو أن يكون في كراء السنة الأولى ما يصلح به ما فسد من الماء أو لا يبلغ ذلك، فإن لم يبلغه فسخ الكراء بينهما، قاله أبو محمد بن المواز.

وقال عبدالملك بن حبيب: يقال للمكترى: أنفق ما زاد على أن رب المال مخير عليك بعد الوجبة في أن يأمر بك بقلع ما لك فيه من خشب أو حجر أو يعطيك قيمته، وكلاهما يؤول إلى معنى واحد؛ لأن معنى قول ابن المواز: المكترى، لم يرد أن ينفق ما زاد على كراء السنة، فاحتاج إلى الزيادة. ومعنى قول ابن حبيب أنه أراد ذلك وبدأ بالإنفاق، وهو يظن بلوغ المراد على كراء السنة، فاحتاج إلى الزيادة.

مسألة: فإذا زرع لزوم رب الأرض العمل بكراء أول عام، سواء انتقد أو لم ينتقد، فإن كان انتقد وأعدم به، ففي الموزاية، قيل للمزارع أنفق من مالك سلفاً لك إن شئت. ووجه ذلك أنه لما تعلق هذا الحق بإنفاق هذا العام اختص به، فإن كان الكراء باقياً عند الزارع أنفق، وإن كان عند صاحب الأرض لزمه إنفاقه، فإن أعدم به كان لصاحب الأرض أن يسلفه إياه، ويتبعه به في ذمته.

مسألة: ويعلم كراء العام بتقويم السنين، وإن كانت تختلف، فينفق مما يصيب هذا العام، وهو مذهب مالك في المدونة. قال محمد بن المواز: يخرج من كراء الأرض لثلاث سنين ثلث الكراء، إن اكتره بالذهب أو الورق، وإن كان مؤخرًا، ولا يقوم العين، وإن كان عرضًا، فإنما يخرج فيه كراء تلك السنة من الصفقة على أن يقبض إلى أجله كما لو بيع.

مسألة: ولو أحب الزارع أن لا ينفق، وسقط عنه الكراء، فذلك له، قاله مالك.

ووجه ذلك أن الحق ثبت له بالزراعة، فكان له الخيار في اقتضائه أو تركه. وأما صاحب الأرض، فحاله قبل الزراعة أو بعده سواء.

مسألة: فإن زرع وذهب بالعين أو البئر قبل تمام الزرع، فهلك الزرع بنهاب الماء، فلا كراء لصاحب الأرض، فإن كان أخذ الكراء لزم صاحب البئر أو العين رده، وإن كان لم يأخذه، فذلك عن الزارع موضوع، ولو هلك بعضه، وكان قد حصد شيئاً له قدر ومنفعة، أعطى من الكراء بحساب ذلك، وإن لم يكن له قدر، ولا منفعة لم يكن لرب الأرض من الكراء شيء، قاله مالك في المدونة.

٦٤ ..... كتاب كراء الأرض

مسألة: ولو كانت من أرض المطر، فقد قال مالك في المدونة: إن لم يأت من المطر ما يتم به زرع، فلا كراء عليه، ولو كثر المطر، فقتل الزرع.

فإن كان في إبان الحرث، وفي وقت لو انقطع، وزال الماء، أمكنه أن يريد زراعتها، فلم ينكشف الماء حتى مضت أيام الزراعة، فلا كراء عليه؛ لأنه بمنزلة أن تغرق الأرض قبل الزراعة فيها، فالكراء لازم، قاله ابن القاسم وبعضه عن مالك.

مسألة: ولو غرقت الأرض بعد إبان الزراعة، فقد قال مالك: إن زرع، فجاءه برد، فأذهب زرع، فإن الكراء عليه، وكذلك إن أصابه جراد أو جليد، وغرقت الأرض في غير إبان الزراعة، فتلف الزرع.

قَالَ يَحْيَى وَسُئِلَ مَالِكٌ عَنْ رَجُلٍ أَكْرَى مَزْرَعَتَهُ بِمِائَةِ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ مِمَّا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنَ الْحِنْطَةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، فَكَرِهَ ذَلِكَ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما تقدم أنه لا يجوز كراء الأرض بالحنطة؛ لأنها مما يخرج منها، وكذلك سائر المطعومات، ولا بأس أن تكرر الأرض بأرض أخرى خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجوز ذلك إلا أن تكون المنافع من جنسين.

والدليل على ما نقوله منهما منفعتان يجوز عقد إجارة على كل واحدة منهما، فجاز العقد على إحدهما بالأخرى كما لو كانا من جنسين.

\* \* \*

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٢٤٩/٢١.

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### كتاب القراض

#### ما جاء فى القراض<sup>(١)</sup>

١٣٧٧ - مَالِك عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ وَعَبِيدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ، فَلَمَّا قَفَلَا مَرَّ عَلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ، وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ، فَرحَّبَ بِهِمَا وَسَهَّلَ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ أَقْدِرُ لَكُمْ عَلَى أَمْرِ أَنْفَعُكُمْ بِهِ لَفَعَلْتُ، ثُمَّ قَالَ: بَلَى هَاهُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ، أُرِيدُ أَنْ أُبْعَثَ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَأَسْلِفُكُمْ هَاهُنَا، فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعًا مِنْ مَتَاعِ الْعِرَاقِ، ثُمَّ تَبِيعَانِيهِ بِالْمَدِينَةِ، فَتُؤَدِّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، وَيَكُونُ الرَّبْحُ لَكُمْ، فَقَالَا: وَدِدْنَا ذَلِكَ، فَفَعَلَ وَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَا الْمَالَ، فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا فَأَرْبَحَا، فَلَمَّا دَفَعَا ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ، قَالَ: أَكُلُ الْجَيْشِ أَسْلَفَهُ مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمْ؟ قَالَا: لَا، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ فَأَسْلَفَكُمْ، أَذْيَا الْمَالَ وَرَبِحَهُ، فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ فَسَكَتَ، وَأَمَّا عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ: مَا يَنْبَغِي لَكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ هَذَا لَوْ نَقَصَ هَذَا

---

(١) قال فى الاستذكار ١١٩/٢١: أما أهل العراق يسمونه القراض، وأهل العراق لا يقولون: قراضا البتة، وليس عندهم كتاب قراض، وإنما يقولون: مضاربة، وكتب مضاربة أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾.

وفى قوله الصحابة بالمدينة لعمر فى قصته مع ابتنيه: «لو جعلته قراضا»، ولم يقولوا مضاربة دليل على أنها لغتهم، وأن ذلك هو المعروف عندهم. والقراض مأخوذ من الإجماع الذى لا خلاف فيه عند أحد من أهل العلم، وكان فى الجاهلية فأقره الرسول ﷺ فى الإسلام.

١٣٧٧ - أخرجه الشافعى فى مسنده ١٦٩/٢. الدراقطنى فى سننه ٣١٥/٢. ابن قدامة فى المغنى ٢٢/٥.

الْمَالُ أَوْ هَلَكَ لَضَمِينَاهُ، فَقَالَ عُمَرُ: أَدِّيَاهُ، فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ، وَرَاجَعَهُ عُيَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ: رَجُلٌ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَوْ جَعَلْتُهُ قِرَاضًا، فَقَالَ عُمَرُ: قَدْ جَعَلْتُهُ قِرَاضًا، فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ، وَنَصَفَ رِبْحِهِ، وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُيَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ نِصْفَ رِبْحِ الْمَالِ.

الشرح: قوله رضى الله عنه هاهنا: «مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكم» لم يرد إحراز المال في ذمتها، وإنما أراد منفعتها بالسلف، ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعة السلف؛ لأنه لمحض الرفق، فإذا قصد السلف منفعة نفسه، دخل الفساد، فإذا أسلف رجل رجلاً مالاً ليدفعه بغير ذلك البلد، وقصد به منفعة السلف خاصة، فهو جائز لاختصاصه بمنفعة السلف.

فإن أراد رده إليه حيث لقيه ببلاد السلف أو غيره من البلاد التى يؤمر فيها أجبر السلف على قبضه؛ لأن تأخير السلف به إلى بلد آخر دفعه خاصة، فإذا أراد أن يعجله لزم السلف قبضه كالأجل.

مسألة: فإن أراد السلف منفعته بالسلف بأن يقصد إحراز ماله في ذمة المتسلف إلى بلد القضاء كالسفاتج التى يستعملها أهل المشرق، فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك غير جائز.

وروى أبو الفرج جواز السفاتج، ولعله أراد ما لم يقصد السلف منفعة نفسه، والأظهر منعها إذا قصد السلف المنفعة التى قدما ذكرها.

مسألة: وسواء كان السلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من إمام أو قاض أو وصى أو أب، فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئاً من مال المسلمين ليحرزه فى ذمة المتسلف، وكذلك القاضى والوصى فى مال اليتيم، وقد نص على ذلك أصحابنا فى مسألة القاضى.

ووجه ذلك أن ما لا يجوز للإنسان فى مال نفسه من الارتفاق، فإنه يجوز له فى مال يلى عليه كالسلف بزيادة.

فرع: فإن وقع السلف لما ذكرناه فسخ فى الأجل والبلد، وأجبر المتسلف على تعجيل المال، وأجبر السلف على قبضه، وبطل الأجل به ذلك كله كالبيع بأجل على وجه فاسد، فإنه يصح معجلاً.



كتاب القراض ..... ٦٧

**فصل:** إذا ثبت ذلك، فإن فعل أبى موسى الأشعري هذا، ويحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون فعل هذا على ما ذكرناه لمجرد منفعة عبدالله وعبيدالله، وجاز له ذلك، وإن لم يكن الإمام المفوض إليه؛ لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين، فاستسلفه، وأسلفهما إياه، وسيأتى بيان أحكام الوديعة فى الأقضية. ولو تلف المال، ولم يكن عند عبدالله وعبيدالله وفاء لضمنه أبو موسى.

والوجه الثانى: أن يكون لأبى موسى النظر فى المال بالثميم والإصلاح، فإذا أسلفه لعمر بن الخطاب الذى هو الإمام المفوض إليه تعقب فعله، فتعقبه ورده إلى القراض.

**فصل:** وقول عمر: «أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا» تعقب منه لأفعال أبى موسى، ونظر فى تصحيح أفعاله، وتبيين لموضع المحظور منه؛ لأنه لا يخفى على عمر أن أبا موسى لم يسلف كل واحد من الجيش مثل ذلك.

وإنما أراد أن يبين لابنيه موضع المحاباة فى موضع فعل أبى موسى، فلما قالوا: «لا» أقرأ بالمحاباة، فقال: «ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما» يريد أن تخصيصهما بالسلف دون غيرهما إنما كان لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورع منه عمر أن يخص أحداً من أهل بيته أو ممن ينتمى إليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه.

وكان عمر رضى الله عنه يبالغ فى التوقى من هذا، ولذلك قسم لعبد الله بن عمر أقل مما قسم لغيره من المهاجرين الأولين، وكان يعطى حفصة ابنته مما يصلح إلى أزواج النبى ﷺ آخر من يعطى، فإن كان نقصان، ففى حصتها.

**فصل:** وقول عمر: «أديا المال وربحه» نقض لفعل أبى موسى وتغيير لسلفه برد ربح المال إلى المسلمين، وإجرائه مجرى أصله. قال عيسى بن دينار: وإنما كره تفضيل أبى موسى لولديه، ولم يكن يلزمهما ذلك، وعلى هذا قولنا إن أبا موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتهما، وإن المال كان بيده على وجه الوديعة.

وأما إذا قلنا إنه بيده لوجه التثميم والإصلاح، فإن لعمر تعقب ذلك والتكلم فيه، والنظر فى ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب، ولم يختلف أصحابنا فى المبضع معه المال يتاع به لنفسه ويتسلفه أن صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه، أو يضمه رأس المال؛ لأنه إنما دفع إليه المال على الثيابة عنه فى عرضه، وابتاع ما أمره به وكان أحق بما ابتاعه به، وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه، فإن فات ما ابتاعه به، فإن ربحه لرب المال، وخسارته على المبضع معه.

٦٨ ..... كتاب القراض

**فصل:** وقوله: «فأما عبدالله فسكت» يريد أنه أمسك عن المراجعة برأ بأبيه، وانقياداً له، واتباعاً لمراذه. وأما عبيدالله فراجعته طلباً لحقه، واحتج عليه بأن هذا مال قد ضمنناه، ولو دخله نقص لجبرناه.

وقول عمر بعد ذلك: «أديا المال وربحه» إعراض عن حجته؛ لأن المبيع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره، ومع ذلك فإن ربحها لرب المال.

**فصل:** وقول الرجل من جلساء عمر: «يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً» على وجه ما رآه من المصلحة في ذلك، وإن كان عمر لم يسأله إلا أنه قد جرى على عادته، وما عرف من حال عمر واستشارته أهل العلم، وكذلك المفتى يجوز أن يتدبّر الحكم بالفتوى إذا علم من حاله استشارته، وجرت بذلك عادته، والقراض الذى أشار به أحد نوعى الشركة، يكون فيهما المال من أحد الشريكين، والعمل من الثانى، والنوع الثانى من الشركة أن يتساويا فى المال والعمل، وسيأتى ذكرها إن شاء الله.

**مسألة:** وأما القراض، فهو جائز لا خلاف فى جوازه فى الجملة، وإن اختلف العلماء فى صحة أنواعه.

ووجه صحته من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة منه، فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه.

وذلك أن الدنانير والدرهم لا تزكو إلا بالعمل، وليس كل أحد يستطيع التجارة، نويقدر على تنمية ماله، ولا يجوز له إيجارها ممن ينميها، فلو لا المضاربة لبطلت منفعتها، فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض؛ لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به فى التنمية إلا على هذا الوجه، والله أعلم.

**فصل:** وقول عمر رضى الله عنه: «قد جعلته قراضاً» على سبيل التصويب لما رآه هذا المشير والأخذ بقوله، وقوله الأول لم يكن حكماً، وإنما كان إظهاراً لما يريد أن يحكم به، ويراه فى هذه القضية، ولو كان على وجه الحكم منه، فقد اختلف أصحاب مالك فيه.

**فصل:** وإنما جوز عمر ذلك؛ لأن عبدالله وعبيدالله عملا فى المال بوجه شبهة، وعلى وجه يعتقد أن فيه الصحة دون أن يبطل فيه مقصوداً لمن يملكه، فلم يجز أن يبطل عليهما عملهما، فردهما إلى قراض مثلهما، وكان قراض مثلهما النصف، فأخذ عمر النصف من الربح وعبيدالله وعبيدالله النصف الثانى، وبالله التوفيق.

١٣٧٨ - مَالِكُ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ أَعْطَاهُ مَالًا قِرَاضًا يَعْمَلُ فِيهِ عَلَى أَنَّ الرَّبْحَ بَيْنَهُمَا.

الشرح: «أن عثمان بن عفان أعطى جد العلاء بن عبد الرحمن مالا قراضا» لفظة الإعطاء تقتضى تسليمه إليه وإثمانه عليه، وهذه سنة القراض، ولو شرطاً بقاء المال بيد صاحبه، وإذا اشترى العامل سلعة وزن، وإذا باع قبض الثمن لم يجوز ذلك.

ووجه ذلك أن هذا معنى قد أخرجهما عن صورة القراض ومعناه، فمنع ذلك صحته؛ لأن صورة القراض أن يكون المال بيد العامل، ومعناه أن يكون مؤتمناً على المال، فما أخرج القراض عن ذلك وجب أن يمنع صحته؛ لأن ذلك يخرج عنه أن يكون قراضاً، ويجعله إجارة مجهولة العوض.

مسألة: فإن عمل معه بغير شرط، فهو ممنوع في الكثير دون اليسير؛ لأن الكثير مقصود في نفسه، ومن أجله أنفق في القراض على ما أنفق فيه، فلذلك أثر في المعاملة. وأما اليسير فيما لا يستبد منه الحاضر مثل أن يعينه في شراء سلعة أو ينوب عنه في قبض دراهم يسيرة مما يفعله الإنسان لصديقه، أو يعين به من يعرفه من غير عوض، فكان الأظهر أن القراض لم ينعقد على ما انعقد عليه لأجله.

فرع: فإن وقع ذلك، قال محمد: لا يفسخ القراض لكثيره دون شرط.

ووجه ذلك أن عقد القراض قد سلم من شرط، وليست التهمة فيه بقوة؛ لأنه مما لا يكاد يفعل.

مسألة: وإن شارك العامل ورب المال بمال آخر، جعله من مال القراض، فإن ذلك لا يخلو أن يكون شرط في عقد القراض أو لا، فإن كان شرط في القراض، فإن ذلك غير جائز خلافاً للشافعي.

والدليل على ما نقوله أن هذين عقدان مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر، فلم يجوز الجمع بينهما في عقد واحد كالصرف والسلم.

مسألة: فإن شارك بعد عقد القراض، فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده.

وقد قال أصحابنا في الاشتراك بعد العمل أقوال مختلفة لم يبينوا، هل ذلك قبل

٧٠ ..... كتاب القراض

العمل أو بعده؟ فروى ابن المواز عن مالك أنه كان يخففه. وروى عيسى عن ابن القاسم أنه قال: إن صح من غير موعد ولا وأى، فهو جائز.

وفى العتبية عن أصبغ قال: لا خير فيه. وعن سحنون أنه قال: هو الربا بعينه، وذلك يحتمل وجهين أحدهما أن ذلك اختلاف في أقوالهم، فأجازه مالك وابن القاسم، ومنعه أصبغ وسحنون.

وجه قول مالك أنه قد سلم عقد القراض من الفساد، وذلك أن يعقده على ما يوجب تصرف رب المال يتصرف فيه، وذلك غير صحيح كما لو عملا عليه، وهذا مبنى على أن العامل إذا عمل من غير شرط في عقد القراض لعقد صار عملاً كثيراً، بطل ذلك القراض.

والوجه الثاني أنه يجوز في وقت دون وقت، فلا يجوز قبل العمل، ويجوز بعده؛ لأنه قبل أن يعمل رأس المال على ما كان عليه، فهو بمنزلة أن يعقد القراض على ذلك؛ لأن هذه حالة لكل واحد منهما ترك القراض فيها، إذا استدركا في هذه الحالة شرطاً ينافي القراض، فكأنما شرطاه في عقد القراض.

وأما إذا عمل العامل بالقراض، ولزمهما أمره، ولم يكن لأحدهما إبطاله، فما التزم من ذلك، فليس بمنزلة ما شرط من العقد، وإنما يجوز ذلك إذا عاد مال القراض إلى غير الصفة التي أخذها العامل عليها، وذلك مثل أن يكون مال القراض دنائير، فيصير دراهم فيشتري بها الدراهم.

مسألة: وأما معونة الغلام، فإن كان شرط العامل خدمته في المال الكثير الذي يحتاج إلى المعونة فيه، فاختلف فيه قول مالك في كتاب محمد، وهو إجازته أن هذا مال تجوز المعاملة عليه ببعض ثمائه الخارج منه، فجاز أن يشترط فيه خدمة العبد الواحد، إذا كان كثيراً كالمساقاة.

وجه الرواية الثانية أن المساقاة تختص بالخدمة، وذلك لا يجوز أن يخرج من الحائط من كان يعمل فيه من الخدام، فلذلك جاز أن يشترط فيه الخادم. وأما القراض، فلا يجوز أن يشترط الخادم.

فروع: فإذا قلنا إن ذلك جائز، فالفرق بينه وبين رب المال أن العامل إذا عمل في ما له نظر فيه بالحفظ له، وذلك غير جائز كما لو جعل غلامه أو وكيله معه ليحفظ عليه، فإن ذلك غير جائز، وإنما يجوز إذا كان مجرد الخدمة والمعونة ولو أعانه بغلامه من غير شرط، فلا بأس بذلك على القولين، والله أعلم.

فصل: وقوله: «على أن الربح بينهما» يحتمل وجهين أحدهما: أن يكون الربح بينهما على أجزاء اتفقا عليها عند عقد القراض، وليس في ذلك حد كالمساقاة.

مسألة: ويجوز أن يكون جميع الربح للعامل أو لرب المال بالشرط، وهذا هو المشهور من مذهب مالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يجوز ذلك، ويكون القراض فاسدًا، إلا أن أبا حنيفة يقول: إذا شرط الربح للعامل، صار قراضًا، وإذا شرطه لرب المال، صار بضاعة.

فصل: والوجه الثاني أن يقول: الربح بينهما، ولا يذكر مقدارًا، أو يقول: اعمل في هذا المال، على أن ذلك في الربح شركًا أو شركة، ذلك كله جائز. وقال محمد بن الحسن: إذا قال: على أن لك شركة في الربح، فهو جائز، وإذا قال على أن لك شركًا، فهو قراض فاسد.

فرع: فإذا قلنا بجواز ذلك، فقد قال ابن القاسم: إن عمل على ذلك، فهو على قراض مثله. وقال غيره: له النصف.

وجه القول الأول أن الشركة لما احتملت النصف وغيره، كانت بمنزلة إن لم يذكر شيئًا بينهما، وعمل العامل من غير شرط، فله قراض المثل.

وجه القول الثاني أن إطلاق لفظ الشركة يقتضى تساوى الشريكين، ولا يعدل عن ذلك إلا بيان، فيحتمل عند الإطلاق على ظاهره كما لو أقر رجلان أنهما شريكان في هذا المال، ثم ادعى أحدهما مزية.

\* \* \*

### ما يجوز في القراض

[قال] (\*) مَالِك: وَجْهُ الْقَرَارِ الْمَعْرُوفِ الْحَائِزِ، أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ الْمَالَ مِنْ صَاحِبِهِ عَلَى أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَنَفَقَةَ الْعَامِلِ فِي الْمَالِ فِي سَفَرِهِ مِنْ طَعَامِهِ وَكِسْوَتِهِ، وَمَا يُصْلِحُهُ بِالْمَعْرُوفِ بِقَدْرِ الْمَالِ إِذَا شَخَّصَ فِي الْمَالِ إِذَا كَانَ الْمَالُ يَحْمِلُ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ مُقِيمًا فِي أَهْلِيهِ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُ مِنَ الْمَالِ وَلَا كِسْوَةَ<sup>(١)</sup>.

(\*) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل وما أوردناه من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦١، وقال: قوله في وجه القراض الجائز-

٧٢ ..... كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال أن من سنة القراض ما قدمناه من أن العامل يأخذ المال القراض، ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان، وإنما هو من ضمان رب المال، ولا خلاف في ذلك، فإن شرط الضمان على العامل، فالعقد فاسد، خلافاً لأبى حنيفة في قوله: العقد صحيح.

والدليل على ما نقوله أن هذا نقل الضمان عن محله بإجماع، فإقتضى ذلك فساد العقد والشرط.

أصل ذلك إذا باع منه شيئاً على البائع ضمانه أبداً، ولذلك لو شرط عليه حميلاً أو رهناً أو يمينا، رواه ابن المواز عن ابن وهب، قال: ويرد إلى قراض مثله، وباقى الفصل سيرد بيانه بعد هذا، إن شاء الله.

[قَالَ<sup>(\*)</sup> مَالِكُ: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يُعَيَّنَ الْمُتَقَارِضَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا<sup>(١)</sup>].

الشرح: وهذا كما قال، فإنه لا بأس بأن يعين العامل رب المال فيما ينفرد به، إذا كانت معونته على وجه المعروف المحض، ولم يكن لأن المال بيده، وهذا إذا كانت المعونة يسيرة مع كون المال الذي يقرضه بيد صاحبه. فأما أن يوضع معه، فقد قال مالك: يجوز القليل منه دون الكثير، وكره ابن القاسم ما قل منه لشرط.

وجه ما قاله مالك أن اليسير غير مقصود، فلا تهمة فيه بخلاف الكثير الذي ينعقد العقد سببه، ويكون زيادة مقصودة فيه.

وجه ما قاله ابن القاسم أن ذكره واشترطه في العقد، ازدياد في القراض على العامل، وذلك يقتضى كونه مقصوداً فيه.

فرع: فإذا قلنا برواية مالك، فإذا كان ذلك مما لا يتحمل مال القراض

---

= المعروف أن يأخذ الرجل من الرجال المال على أن يعمل فيه، ولا ضمان عليه. ولا خلاف بين العلماء أن المقارض مؤتمن، لا ضمان عليه فيما يتلفه من المال من غير جناية منه فيه ولا استهلاك له، ولا تضيق، هذه سبيل الأمانة، وسبيل الأمانة. وكذلك أجمعوا أن القراض لا يكون إلا على جزء معلوم من الربح نصفاً كان، أو أقل، أو أكثر.

(\*) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وما أوردهنا من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢٨/٢١، وقال: هذا إذا كان على غير شرط في عقد القراض، فإن اشترطه فسد عند جميعهم، والعمل الخفيف بغير شرط.

كتاب القراض ..... ٧٣

لكثرته، فيحتمل ذلك العامل ومال القراض ناض، فقد قال مالك: لا يجوز ذلك.

ووجهه أنه لما كان لكل واحد منهما حل العقد، كان ذلك بمنزلة حال العقد، وكل شيء يمنع صحة العقد حال العقد، فإنه يمنع صحة العقد ما كان رأس المال باقيًا على صفته.

وإن كان رأس المال قد شغله العامل في تجارة، قال مالك: فإنه لا يجوز. ووجهه أن هذا وقت ليس لرب المال انتزاعه من العامل، فتبعد التهمة فيه، ويحمل على أن العامل متبرع به، والله أعلم.

مسألة: وأما معونة رب المال للعامل، فقد تقدم الكلام فيه إذا كان المال بيد العامل بأن أراد العامل أن يوضع معه شيئًا من مال القراض.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ رَبُّ الْمَالِ مِنْ قَارِضِهِ بَعْضَ مَا يَشْتَرِي مِنَ السِّلْعِ إِذَا كَانَ ذَلِكَ صَحِيحًا عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا بأس أن يشتري رب المال من العامل بعض ما ابتاعه من السلع إذا كان ذلك على وجه الصحة، ما لم يكن على وجه الهدية لإبقاء المال بيده أو ليتوصل بذلك إلى أخذ شيء من الربح قبل المقاسمة، وسواء اشترى منه بنقد أو إلى أجل، رواه عيسى عن ابن القاسم، وذلك إذا كان اشترى منه بنقد أخرجه من عنده.

ووجه ذلك أنه اشتراها منه بما يتبايع به الناس، فقد سلما من التهمة، ووجوه الفساد، فجاز ذلك بينهما.

مسألة: فإن اشتراها ليأخذها من القراض، ففي كتاب محمد عن ابن القاسم: لا خير فيه.

مسألة: وإن اشترى العامل من رب المال سلعة، فلا يجوز أن يبتاعها بمال القراض أو لنفسه، فإن ابتاعها منه للقراض بمال القراض، ففي كتاب محمد: اختلف فيه قول

---

(١) قال في الاستذكار ١٢٩/٢١: اختلفوا في ذلك أيضًا: فقال مالك في المضارب من رب المال: لا يعجبني؛ لأنها إن صحت من هذين أخاف ألا تصح من غيرهما ممن يقارض. وقال أبو حنيفة: ذلك جائز. وقال الشافعي: إذا كان مما يتغابن الناس فيه، فلا بأس به، والبيع منه كالشراء عندهم سواء.

٧٤ ..... كتاب القراض

مالك، فروى عنه عبد الرحيم أنه خففه إن صح، وروى عنه ابن القاسم كراهيته، وكذلك الصرف.

وجه الرواية الأولى أنه إذا صح البيع منهما جاز كما لو باع العامل من رب المال.

وجه رواية ابن القاسم ما يحذر من تغايب العامل له وزيادته في ثمن سلعته فيتوصل بذلك إلى أخذ منفعة من مال القراض قبل القسمة، وربما أثر ذلك في مال القراض نقصاً يحتاج العامل إلى جبره بعمله، وإن ابتاع العامل لنفسه، فهو جائز، قاله ابن القاسم.

وجه ذلك أن التبايع لم يقع في مال التجارة، فلم يؤثر في ذلك فساداً في عقدها كمبايعة الأجنبي.

مسألة: فإن ابتاع العامل من رب المال بعض سلع القراض، فلا يخلو أن يكون ذلك مع استدامة القراض أو مع التفاضل فيه، فإن كان مع استدامته، فإنه يجوز نقداً، ولا يجوز إلى أجل، خلافاً لليث ويحيى بن سعيد في تجويزهما ذلك إلى أجل.

والدليل على صحة ما قلناه أن القراض مبنى على التساوى ومباعدة الازدياد من العامل، فإذا باع منه سلعة بثمن إلى أجل، فالظاهر أنه إنما اشتراها بزيادة على القسمة، فيزداد منه لقراض تلك الزيادة، وتكون أيضاً مضمونة عليه، وذلك خلاف ما بنى عليه القراض.

مسألة: وإن كان عند التفاضل، فيجوز بالنقد. وأما بالتأخير، ففي العتبية عن مالك أنه قال: لا خير فيه، وكأنه نحا به ناحية الربا. وروى عيسى عن ابن القاسم أن ابتياعه منه بنقد أو بمثل فأقل إلى أجل، فهو جائز، ولا يجوز إلى أجل بأكثر من رأس المال. وقال ابن حبيب في واضحته: سمعت أصحاب مالك يقولون: لا بأس به، وعمدته ابن القاسم.

وجه قول مالك أن ما بقى من المال عند العامل هو الذى وجب لرب المال من مال القراض، فلا يجوز أن يؤخره عنده لزيادة يزدادها منه؛ لأن ذلك مما يشابه الربا؛ لأن الذى له عنده عين، فيتركه عنده ليزيده فيه.

وجه آخر، أن على العامل بيع ذلك العرض، وتحصيل ثمنه، فإذا باعه منه بثمن إلى أجل قويت التهمة في أنه يعطيه الثمن المؤجل، فيما بقى بيده من رأس مال القراض وفى عمله، ويضمن مع ذلك ما لم يأخذه على الضمان.



ووجه رواية عيسى أنه إذا باعه بمثل رأس المال فأقل، ضعفت التهمة نوإذا كان بأكثر من رأس المال قويت التهمة.

ووجه رواية ابن حبيب عن أصحاب مالك أنه إنما يبيع منه ذلك عند التفاضل بعد أن يرضى بأخذه رب المال، فإذا جاز بيعه بالنقد، جاز بيعه بأجل؛ لأن كل تهمة توجد فيه مع التأجيل، توجد مع النقد، فإذا لم يمنع ذلك بيعها بالنقد، لم يمنع بيعها بالتأجيل.

قَالَ مَالِكُ فِي رَجُلٍ دَفَعَ فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ وَإِلَى غُلَامٍ لَهُ مَالًا قِرَاضًا يَعْْمَلَانِ فِيهِ جَمِيعًا: إِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ، لِأَنَّ الرَّبْحَ مَالٌ لِغُلَامِهِ لَا يَكُونُ الرَّبْحُ لِلْسَيِّدِ حَتَّى يَنْتَزِعَهُ مِنْهُ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ غَيْرِهِ مِنْ كَسْبِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه إذا دفع إلى عبده مال القراض، ورجل آخر ليكون الربح بينهما، فإنه جائز، وهما بمنزلة الأجنبيين في ذلك.

والعبد يكون مع العامل على ثلاثة أوجه، أحدها أن يكون عاملاً معه، والربح بينهما. والثاني: يكون خادماً للمال، ولا شيء له من الربح. والثالث: أن يكون أميناً عليه، وحافظاً له.

فإن كان عاملاً فيه والربح بينهما، وهما تاجران أمينان، فهو جائز، خلافاً لأبي ثور في منعه ذلك.

والدليل عليه أنه شريك له في حفظ المال وربحه، والعمل فيه، فلم يمنع ذلك صحة القراض كالأجنبي.

مسألة: ومن شرط صحة مقارضة الاثنين أن يتساوى حظهما من الربح، فإن اختلف ذلك، فكان لأحدهما الثلث، والآخر السدس، ولصاحب المال النصف، لم يجز، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في تجويزهما ذلك.

(١) قال في الاستذكار ١٢٩/٢١: هذه أيضا اختلف فيها، فقال مالك في الموطأ ما ذكرنا، وروى عنه ابن القاسم وغيره ذلك المعنى.

وقال الشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهما: إذا شرط للعامل ثلث الربح ولرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد معه كان ذلك جائزاً، فكان لرب المال الثلثان، وللعامل الثلث. قال أبو عمر: هذا على أصلهما في العبد لا يملك شيئاً. وقول مالك على أصله في أن العبد يصبح ملكه؛ لما بيده من المال ما لم ينتزعه منه سيده. وقال الليث: لا بأس أن يشترط رب المال عمل عبده مع العامل في المال، ولا يجوز له أن يشترط عمل عبد المضارب شهراً أو أقل، أو أكثر كان له أجر مثله، والقراض على حاله. انتهى.

٧٦ ..... كتاب القراض

والدليل على ما نقوله ما احتج به ابن القاسم بأنهما شريكان بأبدانهما، فلا يجوز تفاضلهما فيما يعود نفعه عليهما كالشركة المختصة بالأبدان.

فرع: وسواء كان أحد العاملين أبصر من الآخر أو مثله، وكذلك إن كان العامل الأجنبي أبصر من غلامه؛ لأنه ليس من شرط الشريكين في التجارة تساويهما في البصر بالعمل الذي اشتركا فيه كالمعلمين والطبيين.

مسألة: وأما إن كان العبد لخدمة المال، فهو جائز إذا كان المال كثيراً يحتاج إلى من يخدمه ويعينه. وأما إن كان معه من يحفظ المال منه، فذلك غير جائز، وقد تقدم ذكره.

فصل: وقوله: «لأن الربح لغلامه، لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه» يريد أن ما أبرزته للغلام القسمة من الربح، فهو ملك له، ولا يملكه السيد بعد القسمة إلا بالانتزاع.

ولو كانت حصته من الربح للسيد لم يؤثر ذلك فساداً في القرض من جهة الجهل بالحصصة؛ لأنه لو دفع رجل مالاً قراضاً إلى العامل على أى جزء اتفقا عليه، جاز ذلك، فلا يبطل القراض بإضافة حصّة أحد العاملين إلى حصّة رب المال. وإنما كان يبطل إذا كان العامل نائباً عن رب المال، فما كان من ربح له، وما كان من عمل، فإنه ينوب عنه.

وإذا قلنا إن العبد يملك حصته من الربح حتى ينتزعها منه السيد، وإنما ينوب عن نفسه وعمله له، وهو وغيره من العاملين يملكون حصتهم من الربح بالقسمة، وكذلك في المساقاة، وهذا المشهور من مذهب مالك، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يملك بالظهور. وقد روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضى ذلك.

وجه القول الأول إن كان ممن يستحق العمل بالعوض، فإنه لا يملكه إلا بعد الفراغ من العمل والتسليم، يدل على ذلك أنه إذا قال له: إن خطبت هذا الثوب، فلك دينار، فإننا قد أجمعنا على أنه لا يستحق الدينار إلا بعد الفراغ والتسليم كذلك في مسألتنا مثله.

وجه القول الثاني أن هذا أحد الشريكين، فوجب أن يملك الربح بظهوره كصاحب المال.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن وجوب الزكاة في ربح مال القراض مبنى على ذلك، فإن

كتاب القراض ..... ٧٧  
قلنا إن العامل يملك حصته بالقسمة، فإن وجوب الزكاة فيه معتبر بحال رب المال، فإن كان عبداً أو كافراً، فلا زكاة فيه. وإن قلنا إنه يملك بظهوره اعتبرنا حاله في الزكاة بحال العامل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وهو بمنزلة غير ذلك من كسبه» يريد أنه في ملك العبد دون السيد، وإنما ينتقل إلى السيد بالانتزاع، وهو مذهب مالك في أن العبد يملك خلافاً للشافعي في قوله: لا يملك العبد.

والدليل على ما نقوله أن من جاز له أن يطأ بملك اليمين، صح منه الملك كالحرث.

\* \* \*

### ما لا يجوز في القراض

قال يحيى: قَالَ مَالِكٌ: إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ، فَسَأَلَهُ أَنْ يُقَرَّهَ عِنْدَهُ قَرَضًا، إِنَّ ذَلِكَ يُكْرَهُ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ، ثُمَّ يُقَارِضُهُ بَعْدُ أَوْ يُمَسِّكُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةٌ أَنْ يَكُونَ أَعْسَرَ بِمَالِهِ، فَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُؤَخَّرَ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز أن يقر الدين بيد من هو عليه على وجه القراض، ويدخله ما قال من الزيادة للتأخير به، لأنه قد يرضى بالجزء اليسير من أجل بقاء الدين عنده، فيفتضح بإحضاره، ولولا ذلك لما رضى بمثله.

مسألة: والقراض بالدين على وجهين، أحدهما: أنه لا يحضر المال. والثاني: أن يحضره، فإن لم يحضره، فقد حكى ابن المواز عن مالك: ليس له إلا رأس ماله، وقاله ابن القاسم في العتبية.

وجه ذلك أن عقد القراض أدخل الفساد على ما كان يجوز له من تأخيره بالدين، فوجب أن يبطل القراض، وأن يبقى الدين على حسب ما كان.

مسألة: وإن كان أحضر المال، فجعله قراضاً قبل أن يقبضه رب المال، فالمشهور من المذهب أنه غير جائز، وبه قال الشافعي. وقال القاضي أبو محمد: فيمن غصب دنائير أو دراهم، ثم ردها، فقال: المغصوب منه: لا أقبضها، ولكن اعمل بها قراضاً، أن ذلك جائز.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦٢.

٧٨ ..... كتاب القراض

ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن يكون المغصوب أحضر المال تبرعاً، فذلك جوزه، وأن الذى عليه الدين اتفق معه على إحضار الدين ليرده إليه على وجه القراض، ولو جاء بدينه متبرعاً قاضياً له، فتركه عنده قراضاً أقام إحضاره مقام قبضه بعد المعرفة بجودته ووزنه.

والدليل على صحة ما ذكرناه من قول أصحابنا فى المنع من ذلك أنه ما لم يقبض منه بالانتقاد والوزن، فهو فى ذمته، فلم يجز القراض به كالذى لم يحضره.

فرع: فإن نزل، فروى ابن القاسم عن مالك: أنه ليس لرب المال إلا رأس ماله، وهو فى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم. وروى أشهب فى غير العتبية: إن نزل، مضى.

وجه الرواية الأولى ما تقدم من أنه دين ثابت فى الذمة، قورض به، فلم يكن لرب المال غير رأس ماله مضموناً كالذى لم يحضره.

ووجه قول أشهب أن هذا مال قد حضرت عينه وعلمت براءة من كان عليه منه، فإذا رده إليه قراضاً، فقد أذن له فى قبضه من نفسه، فكان ذلك بمنزلة المقبوض منه.

مسألة: وأما الوديعة، فاختلف أصحابنا، فكره ابن القاسم المقارضة بها حتى تحضر. وقال ابن المواز: لا بأس به. وكرهه ابن حبيب من غير الثقة، ولم يكرهه إذا كان المودع ثقة.

وجه قول ابن القاسم أنه لما كان يمكن المودع التصرف فيه على وجه الاقتراض كانت بمنزلة الدين فى منع المقارضة بها، ولذلك جوزه ابن حبيب فى العدل الثقة؛ لأنه يؤثق بقوله: هى عندى، لم أتصرف فيها.

ووجه قول ابن المواز أن يد المودع يدرب المال؛ لأنه حافظ له، فصح أن يقبضها من نفسه قراضاً كما يصح أن يقبضها من رب المال بذلك الوجه.

فرع: فإن نزل القراض بالوديعة، مضى، والريح بينهما، ويصدق المودع فى ضياعه، رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية.

ووجه ذلك أنها لم تتعلق بالذمة، وإنما كانت وديعة لصاحبها بيد المودع النائبة عن يده، ولو أحضرها لارتفعت الكراهية فيها، ولم يختلف فى جوازها لبقاء عينها، وكذلك المرتهن لنفسه أو لغيره.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَهَلَكَ بَعْضُهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، ثُمَّ عَمِلَ فِيهِ فَرِيحٌ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَ رَأْسَ الْمَالِ بَقِيَّةَ الْمَالِ بَعْدَ الَّذِي هَلَكَ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَيُجْبَرُ رَأْسُ الْمَالِ مِنْ رِبْحِهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَعْدَ رَأْسِ الْمَالِ عَلَى شَرْطِهِمَا مِنَ الْقِرَاضِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال أن هلاك بعض المال قبل أن يعمل به لا يغير حكم رأس المال، بل هو على ما عقدا عليه، وقبض العامل من المال؛ لأن القراض على ذلك انعقد بينهما، فمتى ربح بعد ذلك جبر ما نقص من المال بالربح.

فإن فضلت بعد ذلك الجبر فضلة، فذلك جميع الربح، ولو اتفقا بعد النقص على إسقاط ما هلك من رأس المال، واستئناف القراض بما بقى منه، فقد اختلف أصحابنا في ذلك، فالذى رواه ابن القاسم عن مالك: لا يصح ذلك إلا بعد أن يقبض رب المال بقية ماله قبضًا صحيحًا، ثم يدفعه بعد ذلك إليه قراضًا مستأنفًا.

وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون أنهما إذا تحاسبا، فأقرا ما بقى بعد الخسارة رأس مال القراض، فإن ذلك يكون تقاضيًا صحيحًا، وما عقده من القراض عقدًا مستأنفًا أحضر المال أو لم يحضره. وأما إن كان على وجه الإيجار، لا على وجه المفاضلة، فإن حكم القراض الأول باق.

ووجه رواية ابن القاسم أن التفاضل في القراض، إنما يكون بأن يقبض رب المال ماله، وما لم يوجد ذلك، فإن ذلك لا يصلح؛ لأنه إنما قصد إلى أن يزيد العامل في حظه من الربح ما يقتضيه عند القراض من جبر ما تقدم من الخسارة، وذلك غير صحيح، ولا جائز.

ووجه رواية ابن حبيب أن المفاضلة تقع في ذلك بالقول دون القبض كسائر العقود؛ لأن العقود اللازمة تفسخ بالقول، فبأن تفسخ به الجائزة أولى وأخرى.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَصْلَحُ الْقِرَاضُ إِلَّا فِي الْعَيْنِ مِنَ الذَّهَبِ أَوْ الْوَرَقِ، وَلَا يَكُونُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعُرُوضِ وَالسَّلَعِ<sup>(١)</sup>.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٣٤/٢١.

(١) قال في الاستذكار ١٣٦/٢١: اختلف الفقهاء في صفة المال الذي يجوز به القراض، فقال=

٨٠ ..... كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز القراض بغير الدنانير والدرهم؛ لأنها أصول الأئمان، وقيم المتلفات، ولا يدخل أسواقها تغيير، فلذلك يصح القراض بها، فأما ما يدخله تغيير الأسواق من العروض، فلا يجوز القراض به.

ووجه ذلك أنه قد يأخذ العامل العرض قرضاً، وقيمته مائة دينار، فيتجر في المال، فيربح مائة، فيرده وقيمته مائتان، فيصير الربح كله لرب المال، ولا يحصل للعامل شيء، وقد لا يربح فيرده، وقيمته خمسون، فيبقى بيده من رأس المال خمسون، فيأخذ نصفها، وهو لم يربح شيئاً.

مسألة: فأما القراض بالفلوس، فقد قال ابن القاسم: لا يجوز ذلك. وروى عن أشهب في الأمهات أنه أجاز القراض بها.

وجه القول الأول أن الفلوس ليست بأصل في الأئمان، ولذلك تجرى مجرى العين في تحريم التفاضل وبيعها بالعين نساً، فلم يجز القراض بها كالعروض.

ووجه القول الثاني أنه لا يتعين بالعقد، فصح القراض بها كالدنانير والدرهم.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، فإن وقع ذلك، فقد قال ابن المواز: له القراض بالنفار أخف، والفلوس كالعروض، وهذا مقتضى فساد القراض، ويكون له في بيع الفلوس أجرة المثل، وفيما نض من ثمنها قراض المثل. وقال أصبغ: هي كالنقار. وقال ابن حبيب نحوه، وترد فلوساً مثلها.

وجه قول ابن المواز أن الفلوس لا يحرم فيها التفاضل، فإذا وقع القراض بها وجب فسخه كالعروض.

---

=مالك في الموطأ ما ذكرناه. وزاد في غيره: ولا بالفلوس. وقول مالك في ذلك كله كقول الليث، والثوري، والشافعي، وأبي حنيفة.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز القراض بالعروض. وقال: إذا دفع إليه ثوباً على أن يبيعه، فما كان من ربح، فبينهما نصفين، أو أعطاه داراً بينهما، ويأجرها على أن أجرها بينهما نصفين جاز، والأجر، والربح بينهما نصفين. قال: وهذا بمنزلة الأرض المزارعة. وقال محمد بن الحسن: يجوز القراض بالفلوس، كالنفقة بالدنانير، والدرهم.

قال أبو عمر: القراض بالمجهول لا يجوز عند جميعهم، وكذلك لا يجوز عندهم أن يؤخذ الربح إلا بعد حصور رأس المال، فلما كانت العروض تختلف قيامها، وأثمانها عاد القراض إلى جهل رأس المال، وإلى جهل الربح أيضاً، ففسد القراض على ذلك. ولا يجوز عند جميعهم أن يقول: بع عندك الذي لك أن تبنيه به ثمناً لسعي هذه، لأن ذلك بمجهول، وجائز عندهم أن يقول: اشتر لي بدرهمك هذه عبداً بعينه، فكذلك جاز القراض بالعين، ولم يجز بالعروض، والله أعلم.

كتاب القراض ..... ٨١

ووجه قول ابن حبيب أن هذا ثمن يتعامل به، فلا يفسخ القراض إذا وقع به كالدنانير والدرهم.

مسألة: وأما نقار الذهب والفضة، فروى ابن القاسم عن مالك المنع من القراض بها. وروى عنه أشهب إجازة ذلك. وروى يحيى بن يحيى منع ذلك في بلد يتعامل فيه بالدنانير والدرهم، وأما في بلد يتعامل فيه بالتمر، فلا بأس به.

وجه رواية ابن القاسم أنها تتعين بالعقد، فكان القراض بها ممنوعاً كالعروض.

ووجه رواية أشهب أنها عين تجب فيها الزكاة، فصح القراض فيها كالدنانير والدرهم.

فرع: فإذا قلنا برواية المنع، ووقع ذلك، فإن يحيى روى عن ابن القاسم أنه يضمنه ولا يفسخه. وقال القاضي أبو محمد: وجه ذلك عندى على الكراهية، وذلك عندى يحتاج أيضاً إلى توجيه. ووجهه أن قيمته لا تتفاوت، ولا يدخلها من حوالة الأسواق إلا ما يقرب مما يدخل الدنانير والدرهم، فلذلك لم يفسخ.

مسألة: وأما الحلبي المصوغ من الذهب والفضة، فلا يجوز القراض به، ورواه أشهب عن مالك، وذلك أن الصياغة قد غيرت حكمه، وألحقته بالعروض.

مسألة: وأما المغشوش من الذهب والفضة، فحكى القاضي أبو محمد أنه لا يجوز القراض به، مضروباً كان أو غير مضروب، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن كان الغش النصف فأقل، جاز، وإن كان أكثر من النصف، لم يجز ذلك. واستدل القاضي أبو محمد في ذلك بأن هذه دراهم مغشوشة، فلم يجز القراض بها. أصل ذلك إذا زاد الغش على النصف.

قال القاضي أبو الوليد: والذي عندى أنه إنما يكون ذلك إذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها، فإذا كانت سكة التعامل، فإنه يجوز القراض بها؛ لأنها قد صارت عينا، وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس، فكيف بالدراهم المغشوشة.

ولا خلاف بين أصحابنا في تعلق الزكاة بعينها، ولو كانت عروضاً لم تعلق الزكاة بعينها، وإن اعترض في ذلك أنه يجوز إن انقطع، فتستحيل أسواقها، فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة إذا قطع التعامل بها، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنْ الْبُيُوعِ مَا يَجُوزُ إِذَا تَفَاوَتْ أَمْرُهُ وَتَفَاحَشَ رَدُّهُ، فَأَمَّا الرَّبَا، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ فِيهِ إِلَّا الرَّدُّ أَبَدًا، وَلَا يَجُوزُ مِنْهُ قَلِيلٌ وَلَا كَثِيرٌ، وَلَا يَجُوزُ فِيهِ مَا يَجُوزُ فِي غَيْرِهِ لِأَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ فِي كِتَابِهِ: ﴿وَإِنْ تُبْتِغُوا فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩] <sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن من البيوع بيعاً مكروهة، فإن فات، أمضى عقده، ولم ينتقض، ولم يغير كبيع الحب بعد أن أفرك وقبل أن ييبس وبيع الثمر بعد أن أزهى يؤخذ كيبلاً بعد أن يثمر، قال ذلك عيسى. وزاد فيه: إن من البيوع المكروهة التي تجرى مجرى ما تقدم ذكره، ما إذا فات نظر فيه، فإن كان فيها شيء يأخذ البائع أعطيه، وإلا لم ينقص مما أخذ شيئاً، وإن هي أدركت، ولم تفت، فأسقط البائع شرطه، مضى البيع ولزمهما، وأرى أنه يصير إلى بيع وسلف، وليس ذلك من جملة البيوع المكروهة فقط، بل هو من البيوع المحرمة، وكذلك ما يرد فيه إلى الأكثر من القسمة أو الثمن كبيع الأمة على أن تتخذ أم ولد.

قال عيسى: وأما الذي لا يفوت، فالبيع الحرام يفسخ ما لم يفت، فإذا فات، رد إلى القيمة ما بلغت، ففي قول عيسى: إنما يمضى من البيوع بالثمن إذا فات ما كان مكروهاً، ولم يكن حراماً، وأما الذي يرد إلى القيمة حين القبض، فهو الحرام.

وقال ابن عبدوس: إن كان بيع كان فساداً لعقده كالبيع وقت صلاة الجمعة ممن يجب عليه إتيانها، وكابتياح الرجل على بيع أخيه، وبيع الحاضر للبادي، والبيع على تلقى السلع، فإن فات يمضى بالثمن وما كان فساداً في أحد عوضيه كبيع المجهول والغرر، فإنه يرد بعد الفوات إلى القيمة.

وجه ما قاله عيسى عن ابن القاسم فيمن باع كيبلاً من الثمر من حائط معين، قد أزهى، أنه يرد للإتيان به على الوجه المكروه، ما لم يفت، فإذا فات أمضى كالصلاة في الوقت إذا وقعت على بعض الوجوه المكروهة، إلا أنها على صفات الأجزاء، فإنها تعاد في الوقت للإتيان بها على أكمل صفاتها، فإذا فات الوقت لم تعد.

وأما البيع الحرام، فإنه يرد أبداً؛ لأنه وقع على الوجه الفاسد الذي لا يصح إنفاذه

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٣٩/٢١، وقال: هذا قول صحيح في النظر، وصحيح من جهة الآخر، فمن قاده، ولم يضطرب فيه، فهو خير الفقيه.



كتاب القراض ..... ٨٣

عليه، فوجب أن يرد التغابن فيه أبدًا، لأنه لم يملك بالعقد كالصلاة إذا عريت من صفات الأجزاء، فإنها تعاد أبدًا.

وجه ما قاله ابن عبدوس أن هذا عقد معاوضة، فإذا كان الفساد في عقده كان فيه بعد الفوات العوض المسمى، وإذا كان فساده في عوضه، كان فيه بعد الفوات القيمة كالنكاح.

**فصل:** قال ابن مزين: وإنما خرج مالك من مقالته في صدر المسألة في القراض إلى ذكر البيوع وما اختلف من ذكر مكروها وحرامها، وإنما هو مثل ضربه اعتزى فيه أن للقراض مكروها وحراما، كالبيوع لها مكروه وحرام.

فمكروه القراض ما كان منه إذا فات بالعمل يرد فيه العامل إلى قراض، مثله المقارض بالسلعة والمقارض على الضمان، والمقارض يشترط أو يشترط عليه أن لا يرد المال إلى أجل مسمى، فهذا وشبهه مكروه القراض، وهو نظير مكروه البيع كما لا ينقض البائع في مكروه البيع من الثمن الذي باع به، إذا كان أدنى من القيمة، فكذلك لم يخرج المقارض في مكروه القراض، ويرد قراض مثله.

وحرام القراض ما كان منه يرد المقارض بعد العمل إلى أجرة مثله، ويخرج عن ربح القراض كما أن البيع في البيوع الحرام، يرجع عند فوات السلعة إلى قيمتها، وإن كان ذلك دون الثمن الذي باع به أو أكثر، فهذا تأويل هذه المقالة التي قالها مالك.

وهذا الذي ذكره ابن مزين في إيراد مسألة البيوع الفاسدة بأثر مسائل القراض، لا بأس به في أن المراد به تمثيل القراض الفاسد بالبيوع الفاسدة، وما ذكره في ثبوت الحكم في القراض الحرام والمكروه متنازع.

وذلك أن القراض الفاسد اختلف أصحابنا في الواجب به، إذا فات. قال القاضي أبو محمد: الظاهر أنه يرد إلى قراض المثل، وبه قال أشهب وابن الماجشون من رواية ابن حبيب عنه.

وروى عن مالك: يرد في ذلك كله إلى أجرة المثل، ذكر هذه الرواية القاضي أبو محمد، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وروى عن مالك يرد بعض القراض الفاسد إلى قراض المثل، وبعضه إلى أجرة المثل، حكاه ابن حبيب، وقال بهذا ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصيب.

٨٤ ..... كتاب القراض

واختلف أصحابنا في تفسير ذلك، فقال ابن حبيب: أصل ذلك أن كل زيادة يشترطها أحدهما في المال داخله فيه ليست بخارجة عنه، ولا خالصة لمشرطها، فذلك يرد إلى قراض المثل، وكل زيادة ازداد خارجة من المال أو خالصة لأحدهما، فإن هذا يرد إلى إجارة المثل، وكل خطر وغرر يتعاملان عليه، خرجا فيه عن سنة القراض، فهو في ذلك أجير.

وحكى القاضى أبو محمد عن ابن القاسم أن معنى ذلك إن طال الفساد من جهة العقد، فإنه يرد إلى قراض المثل، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر، فإنه يرد إلى إجارة المثل، حكى عن عيسى ما تقدم.

وجه الرواية الأولى أن شبهة كل عقد وفاسده يجب رده إلى صحيحه إذا فات كالبيع والنكاح والإيجارات.

إذا ثبت ذلك، فهذا الذى ذكره ابن حبيب فى التقسيم غير ما ذهب إليه ابن مزين، وإنما كان يجب على ما ذكره مالك فى البيوع الفاسدة أن لو قال: كل قرض أوقع على وجه مكروه، ووجدت فيه شروط الصحة، فإنه يترك إذا وقع وفات وما كان حراماً، لم يوجد فيه شروط الصحة، فإنه يرد أبداً.

وإن فات كان فيه قراض المثل، ولكن مالكاً إنما قصد إلى أن حكم القراض المكروه مخالف لحكم القراض الفاسد كما أن حكم البيع المكروه مخالف لحكم البيع الفاسد، ولم يقصد إلى التسوية بين المكروه منها والفاسد.

فرق: والفرق بين قولنا قراض المثل وأجرة المثل، أن قراض المثل متعلق بنماء ذلك المال، وإن كان فيه ربح، فله حصته فى مثله فى عمله وأمانته فى ذلك المال.

وإن لم يكن له ربح، فاختلف أصحابنا فى ذلك، فمنهم من قال: لا شئ له، وهو الأظهر، ومنهم من يجعل له قراض المثل حصة ثابتة مع وجود الربح وعدمه، ويفرق بينه وبين أجرة المثل بأن يجعل له الجزء الذى يعامل مثله عليه فى مثل المال.

وأما أجرة المثل، فإنها متعلقة بذمة صاحب المال بإجارة ثابتة يدفعها إليه من حيث شاء، إن كان فى المال ربح، فالمشهور من المذهب أن له أجرة مثله، كان له فى المال ربح أو خسارة.

وقال ابن حبيب: إن له أجرة المثل من الربح، فإن لم يكن فى المال ربح، فلا شئ له.

فرق: وبينهما فرق آخر، وهو أن العامل في قراض المثل يلزمه العمل إلى أن ينض المال، ولا يلزمه في أجرة المثل شيء من ذلك، وعلى رب المال قبض دينه، إن كان أذن له فيه، ويبيع عروضه، وعلى العامل إثبات ديونه؛ لأن من كانت عليه إن حجبها، ولم تثبت ببينة ضمنها العامل.

\* \* \*

### ما يحوز من الشرط في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا تَشْتَرِيَ بِمَالِي إِلَّا سِلْعَةً كَذًا وَكَذًا أَوْ يَنْهَاهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سِلْعَةً بِاسْمِهَا.

قَالَ مَالِكٌ: مَنْ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ قَارَضَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ حَيَوَانًا أَوْ سِلْعَةً بِاسْمِهَا فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ، وَمَنْ اشْتَرَطَ عَلَى مَنْ قَارَضَ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ إِلَّا سِلْعَةً كَذًا وَكَذًا، فَإِنَّ ذَلِكَ مَكْرُوهٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ السِّلْعَةُ الَّتِي أَمَرَهُ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ غَيْرَهَا كَثِيرَةً مَوْجُودَةً لَا تُخْلِفُ فِي شِتَاءٍ وَلَا صَيْفٍ، فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن من شرط على العامل أن لا يتجر بسلع معينة أو بالحيوان، فذلك جائز، وله شرطه؛ لأنه قد أبقى له من السلع ما لا يعدم التجارة فيها

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦٣، وقال اختلف الفقهاء في المقارض يشترط عليه رب المال خصوص التصرف. فقول مالك ما وصفنا.

وقال الشافعي: لا يجوز أن يقارضه، ويشترط عليه، إلا أن لا يشتري إلا من فلان، أو إلا سلعة واحدة بعينها، أو يشتري نخلا، أو درابا، فإن فعل ذلك، فذلك كله فاسد. وإن اشترط أن يشتري صنفا موجودا في الشتاء، والصيف، فذلك جائز.

وقال أبو حنيفة: إذا اشترط على المقارض ألا يشتري إلا من فلان إلا الرقيق أو على أن لا يبيع، ولا يشتري إلا بالكوفة كان ذلك على ما شرط ولا ينبغي أن يتجاوز، فإن تعداه ضمن.

قال أبو عمر: قول مالك، رحمه الله، في هذا الباب أعدل الأقاويل، وأوسطها، لأنه إذا قصر العامل على ما لا يوجد إلا نادرا غبا، فقد حال بينه، وبين التصرف، وهذا عند الجميع فساد في عقد القراض، وإذا أطلعه على صنف موجود لا يعدم، فلم يحل بينه، وبين التصرف.

ومذهب مالك، والشافعي في هذا الباب سواء، ومن اشتراط عندهما على العامل في القراض ألا يشتري إلا سلعة بعينها، يعني عين صنف، أو ألا يشتري إلا من فلان أو يوقت في القراض وقتا، ويضرب له أجلا، فالقراض في ذلك كله فاسد.

٨٦ ..... كتاب القراض

فى بلد من البلدان، ولا وقت من الأوقات، وهذا شرط فى صحة القراض.

فأما إذا قال له: أقارضك على أن لا تشتري إلا سلعة كذا، لسلعة يعينها، فإن كانت السلعة كثيرة موجودة، ولا تعدم التجارة فيها، ولا تعدم هى فى وقت من الأوقات كالحيوان والطعام، فإن ذلك جائز.

وإن كانت السلعة قد تعدم فى وقت من الأوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها فى بعض الأزمان، لم تجز المقارضة بها، وعقدا القراض على ذلك، فإنه فاسد، وبهذا قال مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: هو جائز.

والدليل على صحة ما ذهب عليه مالك أن هذا اشترط ما ينافى عقد المضاربة، فوجب أن لا يصلح كما لو شرط عليه الضمان أو شرط أن يرد إليه عروضاً.

والذى يدل على أن هذا الشرط ينافى المضاربة أن المقصود منها هو النماء والربح، وإذا قال: لا تشتري إلا هذا الثوب، فإنه لا يبعد أن يعدم فى ذلك الثوب ربح، فيبطل مقصود القراض.

فرع: إذا ثبت أن ذلك يفسد القراض، فإنه يفسخ. وقال ابن حبيب: كل قراض وقع فاسداً، مما يرد فيه العامل إلى قراض مثله أو أجرة مثله، فإنه يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده.

ووجه ذلك أنه عقد غير لازم، فإذا عثر عليه قبل أن يتناع بالمال شيئاً فسخ، وإن عثر عليه بعد أن ابتاع بالجميع، كان فسخه المنع من استئناف العمل به فى المستقبل، وهما فيما تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل.

فرع: فإذا قلنا يرد إلى أجرة مثله، فلا تفريع. وإذا قلنا يرد إلى قراض مثله وابتاع ببعض العين سلفاً.

قال القاضى أبو الوليد: فعندى إن اشترى باليسير الذى لا خطب له، فهو كمن لم يشتري شيئاً، وإن كان اشترى بالكثير وبقي الكثير، فهو على قراض المثل فيما عمل فيه، ويترك الباقي.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ فِيهِ شَيْئًا مِنَ الرَّبْحِ خَالِصًا دُونَ صَاحِبِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ، وَإِنْ كَانَ دِرْهَمًا وَاحِدًا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ

نِصْفَ الرِّبْحِ لَهُ وَنِصْفَهُ لِصَاحِبِهِ أَوْ ثُلُثُهُ أَوْ رُبْعُهُ أَوْ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرُ فَإِذَا سَمِيَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا فَإِنَّ، كُلَّ شَيْءٍ سَمِيَ مِنْ ذَلِكَ حَلَالًا، وَهُوَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ. قَالَ: وَلَكِنْ إِنْ اشْتَرَطَ أَنَّ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ دِرْهَمًا وَاحِدًا فَمَا فَوْقَهُ خَالِصًا لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ وَمَا بَقِيَ مِنَ الرِّبْحِ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ وَلَيْسَ عَلَى ذَلِكَ قِرَاضُ الْمُسْلِمِينَ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن من اشترط من المتعاملين شيئًا من الربح على الآخر، فإن ذلك جائز؛ لأن ذلك يقتضى أن لا يخلو واحد منهما من حصة من الربح، ولو اشترط أحدهما عددًا، لم يجز؛ لأنه قد يمكن ذلك العدد أن يستغرق جميع الربح، فلا يكون للآخر حظ من الربح، وهو لم يدخل في القراض إلا على الحظ من الربح، فلذلك كان الربح على الأجزاء لا على العدد.

فإن شرط أحدهما مع الأجزاء شيئًا من الربح مقدارًا بالعدد، ولو درهماً أو حذًا، فإن ذلك يفسد عقد القراض؛ لأن القراض مبنى على الأجزاء، فإذا اشترط فيه عددًا مستثنى أدخل الجهالة في الأجزاء المشترطة، ولا يعلم حينئذ كم مقدارها، ولا يعلم كل واحد منها جزأه من الربح، فلم يتقدر بجزء، ولا بعدد، فوجب أن يبطل، والله أعلم.

\* \* \*

### ما لا يجوز من الشرط في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنَ الرِّبْحِ خَالِصًا دُونَ الْعَامِلِ، وَلَا يَنْبَغِي لِلْعَامِلِ أَنْ يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنَ الرِّبْحِ خَالِصًا دُونَ صَاحِبِهِ، وَلَا يَكُونُ مَعَ الْقِرَاضِ بَيْعٌ، وَلَا كِرَاءٌ، وَلَا عَمَلٌ، وَلَا سَلَفٌ، وَلَا مِرْفَقٌ يَشْتَرِطُهُ أَحَدُهُمَا لِنَفْسِهِ دُونَ صَاحِبِهِ إِلَّا أَنْ يُعَيَّنَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى غَيْرِ شَرْطٍ عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ إِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا، وَلَا يَنْبَغِي لِلْمُتَقَارِضَيْنِ أَنْ يَشْتَرِطَ

(١) قال في الاستدكار ١٤٣/٢١: لا أعلم خلافاً أنه إذا اشترط العامل، أو رب المال على صاحبه شيئاً يختص به من الربح معلوماً ديناراً، أو درهماً، أو نحو ذلك، ثم يكون الباقي في الربح بينهما نصفين، أو على ثلث أو ربع، فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه يصير النصيب لتلك الزيادة مجهولاً، ولا يجوز عند جميعهم ذلك؛ لأن الأصل في القراض ألا يجوز إلا على نصيب معلوم، ولا تخالف به سنة، وبالله التوفيق.

أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ زِيَادَةً مِنْ ذَهَبٍ وَلَا فِضَّةٍ وَلَا طَعَامٍ وَلَا شَيْءٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ يَزِدُّهُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ.

قَالَ: فَإِنْ دَخَلَ الْقَرَّاضُ شَيْءًا مِنْ ذَلِكَ صَارَ إِجَارَةً وَلَا تَصْلُحُ الْإِجَارَةُ إِلَّا بِشَيْءٍ ثَابِتٍ مَعْلُومٍ، وَلَا يَنْبَغِي لِلَّذِي أَخَذَ الْمَالَ أَنْ يَشْتَرِطَ مَعَ أَخْذِهِ الْمَالَ أَنْ يُكَافِيَ، وَلَا يُؤْكَلِي مِنْ سِلْعَتِهِ أَحَدًا، وَلَا يَقُولِي مِنْهَا شَيْئًا لِنَفْسِهِ، فَإِذَا وَفَّرَ الْمَالَ وَحَصَلَ عَزْلُ رَأْسِ الْمَالَ ثُمَّ اقْتَسَمَا الرَّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِ رِبْحٌ أَوْ دَخَلَتْهُ وَضِيعَةٌ لَمْ يَلْحَقِ الْعَامِلُ مِنْ ذَلِكَ شَيْءًا لَا مِمَّا أَنْفَقَ عَلَى نَفْسِهِ وَلَا مِنَ الْوَضِيعَةِ، وَذَلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ فِي مَالِهِ، وَالْقَرَّاضُ جَائِزٌ عَلَى مَا تَرَضَى عَلَيْهِ رَبُّ الْمَالِ وَالْعَامِلُ مِنْ نِصْفِ الرَّبْحِ أَوْ ثُلَاثِهِ أَوْ رُبْعِهِ أَوْ أَقَلٍّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لأحد المتعاملين أن يشترط لنفسه من الربح شيئاً لا يفضى إلى الإجزاء على ما قدمناه، وقد بينا ذلك.

وقوله: «ولا يكون مع القراض بيع، ولا كراء، ولا عمل» يريد أنه لا يجوز أن يشتمل عليهما عقد واحد.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦٤، وقال: لا يجوز من الشرط في القراض عند مالك، وأصحابه أشياء كثيرة. فمنها: أن يزداد أحد المتقارضين على صاحبه زيادة على الحصصة التي تعامل عليها من الربح على ما ذكر مالك في هذا الباب، وفي الذي قبله. ومنها: أن يعطيه المال قراضاً على الضمان، أو على أن يعمل به إلى أجل أو يدفع إليه المال على قراض منه، أو يشترط عليه ألا يشتري إلا من فلان، أو من متاع فلان، أو من عمل فلان، أو على ألا يتحرى إلا في حانوت بعينه، أو على أن يشتري به سلعة غير موجودة في الأغلب تخلف في شتاء، أو في صيف، أو على أن يسلف أحدهما صاحبه سلفاً، أو على أن يبيع أحدهما من صاحبه سلعة، أو يهب له هبة، أو على أن لا ينفق منه إن سافر، أو على أن يضع عنه نصف النفقة، أو على أن ينفق، ولا يكتسى، أو على أن يكتسى ولا ينفق، أو على أن يدفع إليه مالين أحدهما على النصف، والآخر على الثلث، أو على أن لا يخلطهما، أو على أن يجعل معه حافظاً يحفظ عليه، أو غلاماً، أو ولداً يعلمه له، أو على أن يشترط زكاة الربح في المال، وزكاة المال في الربح، أو على أن يتناع بالمال دواب يطلب نسلها، أو شجراً يطلب ثمرتها، أو على أن يشتري بالمال سلعة يخرج بها إلى بلد يبيعها به، أو يقدم بها من البلد الذي ابتاعها فيه. ومن هذه الوجوه ما قد اختلف فيه أصحاب مالك، وغيرهم من العلماء. ومنها: ما يرد إلى قراض مثله إن وقع. ومنها: ما يرد إلى أجرة مثله. انتهى.

وجه ذلك أن هذه عقود لازمة وعقد القراض عقد جائز، والجواز ضد اللزوم، فلما تنافى مقتضاهما، لم يصح أن يجتمعا في عقد؛ لأن ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه، ويوجب فساده، وإذا فسد أحدهما فسد الآخر؛ لاشتمال العقد عليهما.

مسألة: فإن وقع بيع وقراض، فقد روى عيسى عن ابن القاسم في كتاب ابن مزين: يفسخ ذلك، ما لم تفت السلعة، ويعمل في القراض، ثم يتقارضان قراضاً صحيحاً إن شاء، فإن لم تفت سلعة البيع، وقد عمل في المال فسخ البيع، وكان أجيراً في القراض، وإن فاتت السلعة وعمل في المال، فكذلك أيضاً له قيمة سلعته، ويرد في القراض إلى أجرة مثله، ويكون ثناء المال لربه.

مسألة: وأما إن اشترط عليه عملاً كالصانع يأخذ القراض على العمل أو يعمل بيده، قال ابن القاسم: إن فات فهو أجير. وقال ابن وهب: هما على قراضهما.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندى أن يكون له أجر عمله، ويكون في المال على قراض مثله، دون اشتراط عمله.

فصل: وقوله: «ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه» على ما قال أنه لا يجوز ذلك لما قدمناه من أن السلف طريقه اللزوم، وكذلك عقود المرافق، وذلك مما ينافى في عقود الجواز، فإن وقع ذلك، فربح السلف للعامل، وهو في المائة الأخرى أجير، على قول ابن القاسم، وعلى قراض المثل في قول ابن وهب.

فصل: قوله: «إلا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف إذا صح ذلك منهما» يريد أن يكون أحدهما يعين صاحبه من غير شرط ولا عوض، إلا لمجرد المعروف والمرفق، فيما يجوز أن يعينه فيه، ولا يعود بفساد القراض على ما تقدم قبل هذا، فإنه إذا صح ذلك منهما، ولم يكن ذلك لمعنى القراض الذى بينهما، فهو جائز غير مفسد لما بينهما من القراض.

فصل: ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيئاً من الأشياء على ما تقدم، إن كانت الزيادة من الذهب والفضة من غير ربح القراض، كانت مع القراض إجارة، إن اشترط ذلك العامل، وإن اشترطه صاحب المال، فإنه عمل وعين معلوم بعين مجهول.

فرع: فإن نزل ذلك ففي كتاب محمد بن المواز عن مالك وأصحابه أنه إن ترك ذلك من اشترطه قبل العمل، فهو جائز.

٩٠ ..... كتاب القراض

ووجه ذلك عندهم أنه قد أسقط ما أدخل الفساد في العقد في وقت يجوز له تركه وابتدأه، فكان ذلك بمنزلة أن فسخ العقد الفاسد، واستأنف عقدًا صحيحًا.

فرع: وأما بعد العمل، فروى يحيى عن ابن نافع أنه إن أبطل الشرط الفاسد مشروطه، صح العقد، وتماديا عليه، وأنكر ذلك يحيى بعد العمل.

فصل: وقوله: «فإن دخل القراض شيء من ذلك صار إجارة، ولا يصلح إلا شيء ثابت معلوم» يريد إن اشترطه العامل فهو إجارة، لأن من حكم القراض أن يكون عوض العمل حقه مقصور على ما يترقب خروجه من النماء، فإذا اشترط العامل ذهبًا من غيره أو غير ذهب، فقد خرج عن سنة القراض إلى ما لا يجوز فيه، إنما يجوز في الإجارة إلا أن من شرط الإجارة أن يكون جميع عوضها معلومًا، فإذا كان بعض عوضها مجهولًا مترقبًا من النماء، لم تصح الإجارة أيضًا.

والفرق بين الإجارة على التجارة بالمال وبين القراض، أن في الإجارة يستأجره على أن يتجر له في ماله بشيء معلوم معين مقبوض أو مقدر في الذمة بعقد لازم، فإن جعل شيء منه في النماء المترقب لم يجوز.

ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائز ليعمل في ماله بجزء من ثمائه المترقب، فإن صرف شيء من عوض العمل إلى غير ذلك لم يجوز.

فصل: وقوله: «ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافي، ولا يولى من سلعته أحدًا، ولا يتولى منها شيئًا لنفسه» يريد أنه ليس للعامل أن يشترط في عقد القراض إلا أن كافئ منه من أسدى إليه معروفًا، يختص به.

وأما لو كافأ منه أحدًا بمعروف أسدى إليه في مال القراض على وجه التجارة، وحسن النظر لجاز ذلك، وكذلك ليس له أن يولى أحدًا سلعة يرجو فيها ثناء وربحًا.

وأما إذا ولاها، وكان في ذلك نظر، فهو نفع يقصد مع المكايسة، فللعامل أن يفعلها، وهذان الفصلان إذا كانا على وجه المتاجرة، فللعامل فعلها، ولا يحتاج إلى اشتراطها.

ولو اشترطها لما فسد بذلك القراض، وإن كانا على وجه المعروف، فلا يجوز اشتراطهما، ويفسد ذلك العقد، وإن فعلها من غير شرط، كان ذلك موقفًا على إجارة صاحب العامل.



كتاب القراض ..... ٩١

وأما أن يتولى من ذلك سلعة، فإن ذلك غير جائز؛ لأنه ليس له أن يذهب ببعض النماء الحاصل في المال، ولا يجوز اشتراطه، فإن فعل ذلك من غير شرط، لرب المال الخيار بين أن يمضيه، ويلزمه العامل وبين أن يرده.

فصل: وقوله: «فإذا حضر المال وحصل عزله، ثم اقتسما الربح على شرطهما» يريد الذي يجب أن يبدأ بالإخراج في قسمة القراض رأس المال؛ لأنه لا ربح لواحد منهما حتى يسلم إلى صاحبه، ويصير في قبضه، فوجب أن يبرأ في القسمة.

فإذا سلم إلى صاحبه وتصير في قبضه كان ما بقي بعده ربح حاصل، فيقتسمانه على ما سميا في القراض الصحيح، ويجرى الأمر فيه على ما تقدم من الاختلاف في القراض الفاسد.

مسألة: فإن اقتسما الربح دون أن يحضر رأس المال أو حضر، فلم يقبضه صاحبه، فإن تلك قسمة فاسدة، فإن دخل المال نقص، رد من الربح ما يجبر به رأس المال، وإن أتى على جميعه، قاله عيسى.

فصل: وقوله: «فإن لم يكن في المال له ربح أو دخلته وضیعة لم يلحق العامل من ذلك شيء لا مما أنفق على نفسه، لا من الوضیعة، وذلك على رب المال في ماله» يريد أنه إن لم يكن للمال بعد إخراج رأس المال، ورده إلى صاحبه ربح يقسم، فلا شيء للعامل ولا شيء عليه إن كان في ذلك خسران، ولا عليه أن يجبره؛ لأنه ليس بمضمون عليه، ولا عليه رد شيء مما أنفق على نفسه إن كان سافر فيه سفراً، يقتضى الإنفاق على العامل؛ لأن ذلك بمنزلة سائر المؤن اللازمة لمال القراض من كراء حمل وإجارة نشر وطى.

وقوله: «على رب المال في ماله» يريد مال القراض، وليس فيما بيده من المال؛ لأنه لم يأذن له في التصرف إلا في مال القراض، فليس له أن يتصرف تصرفاً يتعدى إلى غير ذلك من ماله.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِلَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ قِرَاضًا أَنْ يَشْتَرِطَ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ سِنِينَ لَا يُنَزَعُ مِنْهُ.

قَالَ: وَلَا يَصْلُحُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّكَ لَا تَرُدُّهُ إِلَيَّ سِنِينَ لِأَجَلٍ يُسَمِّيَانِهِ لِأَنَّ الْقِرَاضَ لَا يَكُونُ إِلَّا لِأَجَلٍ وَلَكِنْ يَدْفَعُ رَبُّ الْمَالِ مَالَهُ إِلَى الَّذِي يَعْمَلُ لَهُ فِيهِ،

فَإِنْ بَدَأَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتْرُكَ ذَلِكَ وَالْمَالُ نَاضٍ لَمْ يَشْتَرِ بِهِ شَيْئًا تَرَكَهُ وَأَخَذَ صَاحِبُ الْمَالِ مَالَهُ، وَإِنْ بَدَأَ لِرَبِّ الْمَالِ أَنْ يَقْبِضَهُ بَعْدَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ سِلْعَةً، فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ حَتَّى يُتَاعَ الْمَتَاعُ وَيَصِيرَ عَيْنًا، فَإِنْ بَدَأَ لِلْعَامِلِ أَنْ يَرُدَّهُ وَهُوَ عَرَضٌ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ حَتَّى يَبِيعَهُ، فَيَرُدُّهُ عَيْنًا كَمَا أَخَذَهُ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز أن يوقت القراض بمدة معلومة، لا يجوز فسخه قبلها، وإن عاد المال عينًا، وإن انقضت المدة، فقد كمل القراض، فلا يكون للعامل، ولا عليه أن يبيعه ولا يعمل به إذا كان عرضًا عند انقضاء المدة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال أصحاب بعض أبي حنيفة: ذلك جائز.

والدليل على ما نقوله أنه عقد جائز، فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة. ووجهه أن القراض عقد جائز. ومعنى ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء، ولم يوقت بزمن لم يكن لكل واحد منهما ذلك، لأن التوقيت يمنع ذلك.

مسألة: فإن وقع ذلك، فحكى ابن المواز عن ابن نافع: إن وقع فسخت الشرط وأتتبهما على قراضهما. قال ابن مزين: هو حسن قبل العمل. وأما بعد، فهو أجبر والربح لصاحب المال والضمان منه.

فصل: وقوله: «وإن بدا لرب المال أن يقضيه بعد أن يشتري سلعة فليس ذلك» يريد أن عقد القراض يلزم بتغير عين المال، والذي يلزم منه عمل معتاد، ففي مثله يرجع به المال إلى ما كان عليه من العين لتمكن الانفصال فيه، ولا يلزم زيادة عليه بأن يتناع به سلعة أخرى، أو يستأنف به تجارة ثانية.

وذلك مبني على أصليين أحدهما: أن القراض من العقود الجائزة التي لكل واحد منهما فسخه. والثاني: أن القراض لا يقع الانفصال فيه إلا وهو الصفة التي انعقد عليها، وذلك بأن يعود المال عينًا على الصفة التي انعقد بها القراض.

فإذا ثبت الأصلان، فلكل واحد من المتعاقدين فسخه ما كان عينًا، فإذا غيره في سلعة، لزمه العمل به إلى أن يعود المال عينًا، فيمكن الانفصال به، ويلزم رب المال تركه بيده إذا صار عرضًا ليتخلص للعامل حصته من الربح التي لها عمل، وذلك لا يكون إلا بأن يصير المال عينًا، يرد منه رأس المال، ويتخلص بعد ذلك الربح لتصح المقاسمة فيه.

\* \* \*

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٤٧/٢١.

### زكاة القراض

[قَالَ<sup>(\*)</sup> مَالِك: لَا يَصْلُحُ لِمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ الزَّكَاةَ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ خَاصَّةً لِأَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِذَا اشْتَرَطَ ذَلِكَ فَقَدْ اشْتَرَطَ لِنَفْسِهِ فَضْلاً مِنَ الرَّبْحِ ثَابِتًا فِيمَا سَقَطَ عَنْهُ مِنْ حِصَّةِ الزَّكَاةِ الَّتِي تُصِيبُهُ مِنْ حِصَّتِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال؛ لأن ذلك يعود إلى أن يشترط عليه عددًا من الربح ينفرد به، ثم تطرأ القسمة بعد ذلك، وربما استغرق بعد ذلك العدد جميع الربح، فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده، واشتراطه له، وذلك ينافي الجواز لما فيه من الجهالة.

مسألة: فإن اشترط على العامل زكاة الربح من حصته، فقد اختلف أصحابنا في ذلك، فروى أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز: لا خير في ذلك. وروى عنه ابن القاسم وغيره: أن ذلك جائز. وبه قال أشهب.

وجه رواية أشهب أن ذلك مجهول؛ لأنه قد يقع التارك بينهما قبل وجوب الزكاة في المال.

وجه رواية ابن القاسم أنه اشترط عليه جزءًا شائعًا، فكان جائزًا بمنزلة أن يشترط عليه النصف وربع العشر، وللعامل النصف غير ربع العشر.

مسألة: فإن اشترط العامل على رب المال الزكاة، فهو على ضربين، أحدهما: أن يشترط زكاة الربح من رأس المال.

والثاني أن يشترط زكاة حصته من الربح في حصة رب المال من الربح، فإن اشترط

(\*) ما بين المعقوفين سقط من الأصل، وما أوردناه من الموطأ.

(١) قال في الاستذكار ١٤٩/٢١: هذا قول الشافعي؛ لأنه يعود إلى أن تكون حصة العامل، ورب المال، مجهولة؛ لأنه لا يدري لمن يكون المال في حين وجوب الزكاة؛ لأنه قد يمكن أن يتوى كله أو بعضه بالخسارة، أو آفات الدهر.

وفي المدونة، قال ابن القاسم: جائز أن يشترط أحدهما على صاحبه أن يكون عليه زكاة الربح؛ لأنه يرجع إلى نصيب معروف. وفي الأسدية، عن ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط العامل على رب المال زكاة الربح، كما لا يجوز له أن يشترط عليه زكاة المال.

وروى أشهب عن مالك أن ذلك لا يجوز. وقال أشهب: هو جائز؛ لأنه يعود إلى الأجراء.

قال أبو عمر: هذا في زكاة الربح، لا في زكاة المال. انتهى.

زكاة المال من رأس الربح، فقد قال عيسى: لا يجوز. وحكى القاضي أبو محمد جواز ذلك.

وجه رواية عيسى أن ذلك من الجهالة والغرر؛ لأنه لا يدري ما شرط عليه فى رأس ماله فى قلته أو كثرته، ولا يدري هل يثبت ذلك أم لا، لأنه إن كان فيه ربح، لزم رب المال أداء الزكاة عنه، وإن لم يكن فيه ربح، فلا شئ عليه.

وجه رواية القاضي أبى محمد أن زكاة رأس المال على رب المال، وزكاة الربح منه، ثم تقع القسمة بعد ذلك فإذا شرط العامل الزكاة على رب المال، فإنما شرط عليه زيادة جزء من الربح، ولا تأثير لتخصيصه برأس المال؛ لأن لرب المال أن يدفعه من حيث شاء كما لو شرط الزكاة رب المال على العامل.

[قَالَ<sup>(\*)</sup> مالك: وَلَا يَجُوزُ لِرَجُلٍ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى مَنْ قَارَضَهُ أَنْ لَا يَشْتَرِيَ إِلَّا مِنْ فُلَانٍ لِرَجُلٍ يُسَمِّيهِ، فَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ لَهُ أَجِيرًا بِأَجْرٍ لَيْسَ بِمَعْرُوفٍ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا يشتري إلا من فلان. وقال أبو حنيفة: هو جائز، وقد تقدم الكلام فيه. واحتج مالك فى ذلك بأنه إذا عين له هذا التعيين، فإنما هو رسول؛ لأن العامل فى المال سنته التصرف، وطلب الاسترخاص.

فإذا منع من ذلك، ونص على الابتياح من معين، فإنما هو رسول إلى ذلك الرجل المعين، يبتاع منه لرب المال، فلا يجوز أن تتعلق أجرته بضمان المال؛ لأن وجوده مجهول ومقداره مجهول.

مسألة: وسواء كان ذلك الرجل موسراً لا تعدم عنده السلع والمتاجر، أو معسراً يعدم ذلك عنده، قاله عيسى، ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع.

وجه ذلك أن هذا الشرط يمنع وجود النماء غالباً، ويعتمد على اختيار ذلك الرجل المعين؛ لأن له أن يمتنع من مبايعته إلا بما شاء من الثمن الذى لا يرجى بعده ربح.

فرع: فإن وقع، قال ابن نافع: يفسخ ما لم يفت، فإن فات، صحح بما يصح به القراض الفاسد.

(\*) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وما أورده من الموطأ.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥٠/٢١.

كتاب القراض ..... ٩٥

مسألة: وكذلك لو شرط عليه أن لا يتجر إلا في حانوت معين. وأما إن شرط عليه أن لا يتجر إلا ببلد معين، فإن كان حيث عقدا القراض، وكان لا يعدم فيه التجارة التي يقصدان لعظم ذلك البلد وكثرة متاجره، فهو جائز، وإن كانت تلك المتاجر تعدم فيه لصغره لم يجز.

فأما إن كان بغير بلد القراض، وإنما شرط عليه أن يخرج إليه، فذلك على ضربين، أحدهما أن يخرج إليه ليتجر به. والثاني: أن يخرج إليه ليبيع فيه ما يحمل إليه، ويجلب منه ما يشتري.

فأما الأول، فقال ابن حبيب: هو جائز. ووجه ذلك أنه شرط عليه التجارة ببلد يعلم وجودها به أبداً، كما لو شرط عليه بلد عقد القراض.

وأما الثاني: فاختلف فيه أصحابنا، فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه، وبه قال ابن حبيب.

وروى أبو زيد في ثمانيته عن ابن الماجشون فيمن دفع إلى رجل ألف دينار قراضاً يذهب بها إلى بلد من البلدان بعينه ليشتري بها متاعاً، ويقدم بها إلى المدينة، لا يبيع إلا بها، وشرط ذلك عليه: أن ذلك جائز، وهو قراض الناس، لم أسمع فيه اختلافاً.

وروى أصبغ عن ابن القاسم إجازته فيمن قارض رجلاً على أن يخرج إلى البحيرة أو الفيوم، يشتري بها طعاماً، قيل له فالمكان بعيد مثل برقة وإفريقيه، على أن يخرج إليها يشتري بها، فقال: لا بأس بذلك.

وجه الرواية الأولى أن هذا اشترط على العامل سفره بعينه، وربما عدم التجارة والربح فيه لكساد سوق أو انقطاع طريق، فوجب أن لا يجوز كما لو اشترط عليه التجارة في سلعة بعينها.

وجه القول الثاني أن هذا نوع من التجارة، لا يكاد يخلفه التصرف فيه على المعهود، فجاز أن يقصر العامل عليه كالتجارة في البز.

قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَدْفَعُ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، وَيَشْتَرِطُ عَلَى الَّذِي دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالَ الضَّمَانَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِصَاحِبِ الْمَالِ أَنْ يَشْتَرِطَ فِي مَالِهِ غَيْرَ مَا وَضَعَ الْقِرَاضُ

٩٦ ..... كتاب القراض

عَلَيْهِ وَمَا مَضَى مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِيهِ، فَإِنْ نَمَّا الْمَالُ عَلَى شَرْطِ الضَّمَانِ كَانَ قَدْ  
ازْدَادَ فِي حَقِّهِ مِنَ الرَّبْحِ مِنْ أَجْلِ مَوْضِعِ الضَّمَانِ، وَإِنَّمَا يَقْتَسِمَانِ الرَّبْحَ عَلَى مَا لَوْ  
أَعْطَاهُ إِيَّاهُ عَلَى غَيْرِ ضَمَانٍ، وَإِنْ تَلَفَ الْمَالُ لَمْ أَرْ عَلَى الَّذِي أَخَذَهُ ضَمَانًا، لَأَنَّ  
شَرْطَ الضَّمَانِ فِي الْقِرَاضِ بَاطِلٌ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن لرب المال إذا شرط الضمان على العامل أن ذلك يقتضى  
فساد العقد.

وجه ذلك أن عقد القراض لا يقتضى ضمان العامل، وإنما يقتضى الأمانة، ولا  
خلاف في ذلك، فذلك إذا شرط نقل الضمان عن محلة، بإجماع، اقتضى ذلك فساد  
العقد والشرط، فإن ادعى ضياعه أو سرقة صدق، وإن ادعى رده إلى صاحبه، فالقول  
قوله مع يمينه، إن كان دفع إلى بغير يمين، وإن كان دفع إليه بيمين، لم يبرأ إلا بيمين.

مسألة: فإذا دفع القراض على الضمان، وجب فسخه ما لم يفت، فإن فات بطل  
الشرط، ورد فيما قد مضى منه ما لا بد في تحصيل رأس المال على هيئته إلى قراض المثل  
على ما روى عن مالك في رد جميع القراض الفاسد إلى قراض المثل، وهو معنى قوله:  
«وإنما يقتسمان الربح على ما لو أعطاه إياه على غير ضمان».

مسألة: فإن ادعى خسارة وكان وجه ما ادعاه معروفاً، بأن يكون من سافر أو تجر  
مثل تجارته، أصابه ذلك أو كان وجهه معروفاً، فهو مصدق، وإن ادعى من ذلك ما لا  
يعرف، فروى ابن أئمن عن مالك: أنه ضامن.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، وَاشْتَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَتَّبَعَ بِهِ إِلَّا  
نَخْلًا أَوْ دَوَابَّ لِأَجْلِ أَنْهُ يَطْلُبُ ثَمَرَ النَّخْلِ أَوْ نَسْلَ الدَّوَابِّ وَيَحْبِسُ رِقَابَهَا.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ هَذَا، وَلَيْسَ هَذَا مِنْ سُنَّةِ الْمُسْلِمِينَ فِي الْقِرَاضِ إِلَّا أَنْ  
يَشْتَرِيَ ذَلِكَ ثُمَّ يَبِيعَهُ كَمَا يُبَاعُ غَيْرُهُ مِنَ السَّلْعِ<sup>(٢)</sup>.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٥٢/٢١، وقال: السنة المجتمع عليها في القراض أن  
البراء في المال من رب المال، وأن الربح بينهما على شرطهما وما خالف السنة، فمردود إليها.  
وقد قال عمر بن الخطاب، رضى الله عنه: «ردوا الجاهلات إلى السنة».

(٢) قال في الاستذكار ١٥٣/٢١: هذا قول سائر الفقهاء؛ لأن القراض باب مخصوص خارج  
عن الإجازات، والبيع، فلا يتجاوز به سنته، ولا يقاس عليه غيره، كما لا يقاس على العرايا=

الشرح: وهذا كما قال أنه لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشتري به نخلاً يوقف رقابها، ويكون ربحها ثمارها؛ لأن العمل الذى يعامل عليه المقارض، هو التجارة دون السقى، والقيام على النخل، ولا يجوز أن يكون عوضاً عن سقى النخل، والقيام عليها غير مقدرة، وإنما يجوز له أن يكون حصّة من ثمرة ذلك النخل كما لا يجوز أن يكون العرض والثمرة عوضاً عن عمل التجارة، وكذلك القيام على الدواب لا يجوز أن يكون العوض عليه جزءاً من نسلها؛ لأنها مما يزكو بغير عمل كالماشية.

ووجه آخر، وهو أنه قد يجد العامل بالرقاب الربح، فيكون ممنوعاً منه، وهو المقصود بالقراض. وفى كتاب محمد والواضحة عن مالك: إذا اشترط رب المال على العامل أن يزرع، مثل ذلك.

قَالَ مَالِكٌ: لَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُقَارِضُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ غُلَامًا يُعِينُهُ بِهِ عَلَى أَنْ يَقُومَ مَعَهُ الْغُلَامُ فِي الْمَالِ إِذَا لَمْ يَعُدْ أَنْ يُعِينَهُ فِي الْمَالِ لَا يُعِينُهُ فِي غَيْرِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال لا بأس أن يشترط العامل على رب المال إذا كان كثيراً غلاماً يعينه فيه الخدمة دون غيره من الأموال، ولو اشترط خدمة الغلام فيما يخص العامل لم يجز، وإنما ذلك كالمسقة يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط الكبير الغلام يعينه فى السقى والخدمة.

\* \* \*

### القراض فى العروض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ: لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ أَنْ يُقَارِضَ أَحَدًا إِلَّا فِي الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنْبَغِي الْمُقَارَضَةُ فِي الْعُرُوضِ؛ لِأَنَّ الْمُقَارَضَةَ فِي الْعُرُوضِ إِنَّمَا تَكُونُ عَلَى أَحَدٍ وَجْهَيْنِ، إِمَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ صَاحِبُ الْعَرْضِ خُذْ هَذَا الْعَرْضَ فَبِعْهُ فَمَا خَرَجَ مِنْ ثَمَنِهِ فَاشْتَرِ بِهِ، وَبِعْ عَلَى وَجْهِ الْقِرَاضِ، فَقَدْ اشْتَرَطَ صَاحِبُ الْمَالِ فَضْلاً لِنَفْسِهِ مِنْ بَيْعِ سِلْعَتِهِ، وَمَا يَكْفِيهِ مِنْ مَثْوَنَتِهَا أَوْ يَقُولَ اشْتَرِ بِهِذِهِ السِّلْعَةَ وَبِعْ، فَإِذَا فَرَعْتَ فَاثْبَعْ لِي

=غيرها؛ لأنها سنة، ورخصة مخصوصة من المزابنة خارجة عن أصلها، فلا تقع، ولا تنعقد إلا على سنتها، فإن اشترى النخل للثمر لا للبيع، والدواب للنسل، لا للبيع، لم يصح ذلك، وكان له فيما اشتراه أجرة مثله، وكان الدواب، والنحل لرب المال. انتهى.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٥٤/٢١.

مِثْلَ عَرْضِي الَّذِي دَفَعْتُ إِلَيْكَ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ فَهُوَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ، وَلَعَلَّ صَاحِبَ الْعَرْضِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الْعَامِلِ فِي زَمَنٍ هُوَ فِيهِ نَافِقٌ كَثِيرُ الثَّمَنِ ثُمَّ يَرُدُّهُ الْعَامِلُ حِينَ يَرُدُّهُ، وَقَدْ رَخِصَ، فَيَشْتَرِيهِ بِثَلَاثِ ثَمَنِهِ أَوْ أَقَلٍّ مِنْ ذَلِكَ، فَيَكُونُ الْعَامِلُ قَدْ ربحَ نِصْفَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ الْعَرْضِ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الرَّبْحِ أَوْ يَأْخُذَ الْعَرْضَ فِي زَمَانٍ ثَمَنُهُ فِيهِ قَلِيلٌ، فَيَعْمَلُ فِيهِ حَتَّى يَكْثُرَ الْمَالُ فِي يَدَيْهِ ثُمَّ يَغْلُو ذَلِكَ الْعَرْضُ وَيَرْتَفِعُ ثَمَنُهُ حِينَ يَرُدُّهُ، فَيَشْتَرِيهِ بِكُلِّ مَا فِي يَدَيْهِ، فَيَذْهَبُ عَمَلُهُ وَعِلَاجُهُ بَاطِلًا، فَهَذَا غَرَرٌ لَا يَصْلُحُ، فَإِنْ جُهِلَ ذَلِكَ حَتَّى يَمْضِيَ نَظِيرٌ إِلَى قَدَرِ أَجْرِ الَّذِي دُفِعَ إِلَيْهِ الْقِرَاضُ فِي بَيْعِهِ إِيَّاهُ وَعِلَاجِهِ، فَيُعْطَاهُ ثُمَّ يَكُونُ الْمَالُ قِرَاضًا مِنْ يَوْمِ نَصِّ الْمَالِ وَاجْتِمَاعِ عَيْنَا وَيُرَدُّ إِلَى قِرَاضٍ مِثْلِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه لا ينبغي القراض إلا بالعين الدنانير والدراهم، وقد تقدم تفسير ذلك، فإن قارضه بعرض، فإن ذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يقول له: بع هذا العرض، فإذا نص ثمنه، فاعمل به قراضًا يكون الثمن رأس المال، فهذا لا يجوز، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: هو جائز.

والدليل على ما نقوله أن هذا شرط مستأنف، فلم يجوز تعليق القراض به؟ أصل ذلك هبوب الرياح ونزول المطر. واستدلال في المسألة، وهو أن هذا قراض وإجارة، فلم يجوز أن يجتمعا في عقد لاختلاف مقتضاهما.

مسألة: والوجه الثاني أن يقول له: خذ هذا العرض على القراض، يكون العرض رأس المال ترد إلى بعد تمام العمل مثله، فما فضل شيء، فهو ربح بيني وبينك، فهذا أيضًا لا يجوز خلافاً لابن أبي ليلى في تجويزه ذلك.

والدليل عليه ما احتج به مالك من الغرر، وهو أنه يجوز أن يأخذ العرض في وقت رخصه، ويرده في وقوت غلاته، فيذهب رب المال بربح المال، أو يأخذه في وقت نفاقه، يرجه في وقت كساده، فيشتريه ببعض رأس المال، ويقاسمه البعض الآخر دون أن ينمي بعمله، ولذلك لم يجوز القراض بما تختلف أسواقه، ويختص ببعض الأوقات نفاقه.

(١) قال في الاستذكار ١٥٦/٢١: قد بين مالك، رحمه الله، في هذا الباب معنى الكراهية للقراض بالعروض بياناً شافياً، لا يشكّل على من له أدنى تأمل. ولا خلاف بين الفقهاء في أن القراض جائز بالعين من الذهب، والورق. واختلفوا في القرض بالفلوس وبالتقد. انتهى.



**فصل: وقوله: «فإن جهل ذلك حتى يمضى»** إلى آخر الفصل يريد في الوجهين جميعاً من كتاب محمد وابن حبيب أنه لما كان القراض لا يجوز إلا بالعين، وجب أن يصحح به عند الفوات، فيكون القراض من وقت صح الثمن، وحصل بيد العامل، وما كان قبل ذلك، فلا يمكن رده إلى القراض الصحيح؛ لأنه لا يصح القراض به لوجه، فكان فيه أجرة المثل، وهذا كما يقول: إن البيع الفاسد يصحح بعد الفوات، ويرد إلى البيع الصحيح، إذا كان المبيع يصح بيعه، فإذا لم يصح بيعه، لم يرد إلى البيع الصحيح.

**فرع:** وذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في ذلك قسمًا ثالثًا، وهو إذا أعطاه عرضًا بقيمته، وجعل تلك القيمة رأس المال، فقال أبو محمد: يظهر إلى أنه إن كان قصد إلى أن يعمل بالثمن، ويكون ما قوم به رأس المال أنه أجبر في كل شيء؛ لأنها زيادة مشترطة إما للعامل بخلاف القراض بالعرض، فلا يقدر له ثمن قال: وهذا على أصل ابن القاسم. قال القاضي أبو الوليد: وعندى أن هذا الوجه له حكم الوجهين المتقدمين؛ لأنه لو جاز أن يقال في هذا أنه أجبر لا بد أن تكون القيمة فيها زيادة لأحدهما من الآخر؛ لجاز أن يقال ذلك في القراض بنقد؛ لأنه لا بد أن يرد، وقيمته أكثر، فهذه زيادة لرب المال أو يرد وقيمته أقل، فهذه زيادة للعامل.

\* \* \*

### الكراء في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا فَاشْتَرَى بِهِ مَتَاعًا فَحَمَلَهُ إِلَى بَلَدٍ التَّجَارَةِ، فَبَارَ عَلَيْهِ، وَخَافَ النُّقْصَانَ، إِنْ بَاعَهُ فَتَكَارَى عَلَيْهِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَبَاعَ بِنُقْصَانٍ، فَاعْتَرَقَ الْكِرَاءُ أَصْلَ الْمَالِ كُلَّهُ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ فِيمَا بَاعَ وَقَاءً لِلْكِرَاءِ، فَسَبِيلُهُ ذَلِكَ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الْكِرَاءِ شَيْءٌ بَعْدَ أَصْلِ الْمَالِ كَانَ عَلَى الْعَامِلِ، وَلَمْ يَكُنْ عَلَى رَبِّ الْمَالِ مِنْهُ شَيْءٌ يُتْبَعُ بِهِ، وَذَلِكَ أَنَّ رَبَّ الْمَالِ إِنَّمَا أَمَرَهُ بِالتَّجَارَةِ فِي مَالِهِ، فَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يُتْبَعَ بِمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ يُتْبَعُ بِهِ رَبُّ الْمَالِ لَكَانَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ الْمَالِ الَّذِي قَارَضَهُ فِيهِ، فَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَحْمِلَ ذَلِكَ عَلَى رَبِّ الْمَالِ<sup>(١)</sup>.

(١) قال في الاستذكار ١٥٧/٢١: لست أعلم فيما ذكره مالك خلافا، وهو أصل، وإجماع. ومذهب مالك في العامل يشتري من مال المضاربة شيئا، ثم ينفق من ماله من كراء، أو صبغ أنه يرجع بالكراء، ولا ربح فيه. وهذا قوله، وقول أكثر أصحابه.

١٠٠ ..... كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال لأن رب المال أطلق يد العامل من ماله على رأس مال القراض دون غيره، فكل ما عمل فيه العامل من عمل على وجه النظر، عاد ذلك بخسران أو ربح، فإنه يلزمه فيه دون سائر أمواله، فإن لحق العامل بعد ذلك غرم بسبب مال القراض، فهو ملتزم متعدد في التزامه، فكان عليه غرمه.

\* \* \*

### التعدي في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ، فَرَبِحَ ثُمَّ اشْتَرَى مِنْ رِبْحِ الْمَالِ أَوْ مِنْ جُمْلَتِهِ جَارِيَةً، فَوَطَّئَهَا، فَحَمَلَتْ مِنْهُ؛ ثُمَّ نَقَصَ الْمَالُ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أَخَذَتْ قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ مِنْ مَالِهِ، فَيُجْبَرُ بِهِ الْمَالُ، فَإِنْ كَانَ فَضْلٌ بَعْدَ وَفَاءِ الْمَالِ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا عَلَى الْقِرَاضِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَفَاءٌ، بَيَعَتْ الْجَارِيَةُ حَتَّى يُجْبَرَ الْمَالُ مِنْ ثَمَنِهَا<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن من اتباع جارية من مال القراض، فوطئها، فحملت منه، فإن كان له مال أخذت منه قيمتها، ولا فرق في هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاء، وبين أن يكون بيده جارية من مال القراض، فيطؤها، فتحمل منه، قاله ابن حبيب.

واختلف أصحابنا في القيمة التي تلزمه بذلك، ففي كتاب محمد: يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطء. وقول ابن حبيب: يلزمه الأكثر من قيمتها أو ثمنها يوم الوطء.

وجه القول الأول أنه إنما تعدي عليها بالوطء، وبه فأتت، فلزمته قيمتها يوم وطئها.

وجه قول محمد أن رب المال لو أدركها قبل الحمل، لم يمنعها الوطء من أخذها منه وردها إلى القراض، فإذا فاتت بالحمل بعد ذلك، وهو الذي يمنع ردها إلى القراض، وكانت قيمتها يوم الحمل أكثر، لزمته قيمتها يوم الحمل.

وإن كانت قيمتها يوم الوطء أكثر، لزمته قيمتها يوم الوطء؛ لأنه وقت ابتداء التفويت فيها، والوطء كان سبب فواتها، وإن كان ثمنها أكثر، لزمه ذلك، لأن الثمن أتلف بالتعدي، وقد رضى بضمانه حين وطئها، وكان ذلك بمنزلة ما لو تسلف ثمنها.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦٧.

كتاب القراض ..... ١٠١

مسألة: وإن كان عدياً، فتعدي على جارية من القراض، فوطئها، فحملت، كان صاحب المال مخيراً بين أن يضمها له، ويتبعه بقيمتها في ذمته، والقيمة في ذلك يوم الوطء، وليس له من قيمة ولدها، ولا مما نقصها الوطء شيء، وبين أن تباع عليه جميعاً، إن لم يكن في المال ربح أو حصته منها إن كان في المال ربح.

فإن نقص ثمن ما يبيع منها من ذلك النصيب الذي يبعث عن قيمتها يوم الوطء، اتبعته بذلك النقصان بنصيبه من قيمة الولد، وإن شاء بنصيبه منها، واتبعه بما يصيبه من قيمة الولد، وهذا على ما اختاره ابن القاسم.

وأما على اختيار أشهب، فإنه من ضمن قيمة أمته بالوطء من شريك أو مقارض، فإنه لا شيء عليه من قيمة ولدها.

وجه قول ابن القاسم أن القيمة إنما يحكم بها عليه يوم الحكم، فما كان فيها من ولد قبل ذلك، فهو لصاحب المال.

وجه قول أشهب أن القيمة إنما تكون يوم الوطء، فيجب أن يسقط فيها ما كان من نماء بعد ذلك، فراعى ابن القاسم يوم التقويم، وراعى أشهب يوم القيمة، والله أعلم.

مسألة: فإن كان معدماً، وتسلف من مال القراض، فاشتري جارية، فأحبها، فالذي قاله مالك أن رب المال مخير بين أن يميز له ذلك، وبين أن تباع له في المال الذي تسلف. وروى ابن القاسم أنه يتبع ذمته في العدم بقيمتها ولا تباع.

وجه الرواية الأولى أن هذا دفع المال إليه على وجه التنمية لرب المال، فليس له أن ينفرد بالانتفاع به. أصل ذلك إذا أبيع معه مالا يشتري به ما وجد له، فاشتري به جارية، فأحبها، أو ثوباً يختص به.

وجه الرواية الثانية أنه إنما استسلف عيناً، وعليها وقع تعديده، فكان ما اشترى فيه للمتعدى لاسيما وقد تسبب بحرمة العتق، فإذا لزمته القيمة، فلم أمنع صاحب المال من عوضه؛ لأنه لم يدفع إليه المال ليشتري به جارية، وإنما دفعه إليه ليطلب الربح، فإذا حكمت له بالقيمة، فقد مضى له بحصته من الربح، ولو اشترى المودع بالوديعة جارية، فحملت منه، فلا تباع عليه في يسر ولا عسر.

والفرق بين الوديعة وبين القراض والبضاعة، أن الوديعة لم توضع عنده للتنمية،

١٠٢ ..... كتاب القراض

فيكون قد قصد إلى إبطال غرض صاحبها عنها، وإنما جعلت عنده للحفظ، وتسلفها لا ينافي حفظها على قول مالك؛ لأن للمودع أن يتسلفها، والوديعة والقراض إنما دفعا إليه للتنمية، فإذا تسلفها، فقد قصد إلى إبطال غرض صاحب المال منها، فلم يكن له ذلك، يبين ذلك أنه لو ابتاع بمال القراض أو البضاعة ثوباً لنفسه، لم يكن أحق به من رب المال، ولو ابتاع بالوديعة ثوباً لنفسه، كان أحق به من رب المال، والله أعلم.

مسألة: فإن وطء العامل جارية من المال القراض، فلم تحمل، أو تسلف من مال القراض، فاشترى جارية فوطئها، فلم تحمل، فإن كانت عينا، فرب المال مخير بين أن يضمه قيمتها وبين أن يتركه، قاله مالك في الذي تسلف من مال القراض، فاشترى به جارية. ومعنى ذلك أنه يضمه قيمتها يوم الوطء أو يلزمه إياها بالثمن.

ووجه ذلك أن صاحب المال لو أدركها قبل الوطء، لكان له ردها إلى مال القراض، فلما فاتت بالوطء، لم يكن له ذلك، وكان له أن يلزمه القيمة يوم الفوت أو يسوغ الاستسلاف، فيطالب بالثمن، فإن كان معسراً، فالذي روى ابن القاسم عن مالك أنها تباع فيما لزمه من القيمة.

ووجه ذلك أنه قد فات استرجاعها إلى مال القراض بالوطء لما له في ذلك من الشبهة التي أسقطت الحد لما في ذلك من إعارة الفروج، ولم يفت بيعها عليه، فلصاحب المال أن يبيعها عليه فيما لزمه من القيمة، أو يؤخر ذلك عليه أو يطالبه بالثمن عاجلاً يبيعها به أو مؤجلاً يتبعه به، وهذا حكم البضاعة إذا ابتاع بها، فوطئها، فإنه يفوت بالوطء ردها إلى البضاعة، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا، فَتَعَدَّى فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً وَزَادَ فِي ثَمَنِهَا مِنْ عِنْدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: صَاحِبُ الْمَالِ بِالْخِيَارِ إِنْ بَاعَتِ السِّلْعَةُ بِرِبْحٍ أَوْ وَضِيعَةٍ أَوْ لَمْ تُبْعَ إِنْ شَاءَ أَنْ يَأْخُذَ السِّلْعَةَ أَخَذَهَا وَقَضَاهُ مَا أَسْلَفَهُ فِيهَا، وَإِنْ أَبَى كَانَ الْمُقَارِضُ شَرِيكًا لَهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فِي النِّمَاءِ وَالنَّقْصَانِ بِحِسَابِ مَا زَادَ الْعَامِلُ فِيهَا مِنْ عِنْدِهِ<sup>(١)</sup>.

---

(١) قال في الاستذكار ١٦٤/٢١: هذا قول الشافعي، وأبى حنيفة إن أقر رب المال بالزيادة، أو أقيمت بذلك بينة. وأما مالك، فالعامل مصدق عنده أبداً، إذا جاء بما نسيه. وروى ابن القاسم عن مالك أنه قال: لا بأس أن يخلط المال القراض بماله، يكون به شريكاً. =

### كتاب القراض ..... ١٠٣

الشرح: قوله: «إذا تعدى، فاشترى به سلعة، وزاد في ثمنها» يقتضى أنه فعل ما لا يجوز فعله، والشراء بأكثر من رأس مال القراض يقع على أربعة أوجه، منها ما هو نقد، ومنها ما ليس بنقد، أحدهما: أن يكون بيده مال لنفسه أو لغيره، وغير صاحب مال القراض، فيريد أن يشرك بين المالين، فهذا ليس بمتعدد فيه، وهو جائز بغير إذن رب المال، ولا اشتراط حين عقد القراض.

فإن شرط ذلك حين عقد القراض، فاختلف أصحابنا فيه، ففي المدونة عن ابن القاسم، المنع منه. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم، إجازته إذا شرط رب المال على العامل، قاله مالك وقال أشهب: ما لم يقصدا فيه استقرار الربح لقلّة مال القراض، وكثرة المال الآخر.

وجه ما في المدونة ما احتج به ابن القاسم من أن رب المال يشترط في ذلك استقرار الربح بمال العامل، والانتفاع به؛ لأن التجارة بكثرة المال أشد تأتياً والأرباح أغزر وأمكن، وإذا منع من ذلك صاحب المال، وجب أن يكون يمنع العقد وجوده فيه.

ووجه الرواية الثانية أن اشتراط رب المال له لا تهمة فيه؛ لأنه لا يأخذ إلا بربح ماله.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أن اشتراط رب المال لا تهمة فيه؛ لأنه لا يأخذ إلا بربح ماله النقد من اشتراط العامل له فعله بغير شرط، فلم يؤثر اشتراطه غير ما يقتضيه العقد.

فرع: فإن قلنا بالمنع من ذلك، وشرط ذلك لرب المال؛ فهل يفسخ أم لا؟ قال أصبغ فيمن أخذ قراضاً: يشترط أن يخلطه بماله أو على إن شاء خلطه بغير شرط الأول أشد، فإن فعلاً لم يفسخ به القراض في الوجهين، وليس بحرام.

- قال ابن القاسم: وإذا أخذ مائة دينار قراضاً، فاشترى سلعة بمئتي دينار نقداً، المائة من عنده، والمائة القراض كان شريكاً في السلعة، ولا خيار لرب المال في أن يدفع إليه المائة الثانية، وإن كانت المائة التي زاد أخذها سلفاً على القراض، فرب المال بالخيار إن شاء أجاز إليه، ودفع إليه ما زاد، وإن شاء لم يجز ذلك، وكان معه شريكاً.

قال أبو عمر: اتفق الشافعي، والليث، وأبو حنيفة في العامل يخلط ماله القراض بغير إذن رب المال أنه ضامن إلا أن يأخذ. قال: إن قيل له: اعمل فيه برأيك، فخلطه لم يضمن. فقال مالك: له أن يخلطه بغير إذن رب المال بماله، وبمال غيره. وهو قول الأوزاعي. وقال مالك: إن دفع إليه الفاعل أن يخلطها الفاعل بألف له، وله في الربح الثلثان، فلا يصلح. رواه ابن القاسم عنه. وروى عنه أشهب أنه لا بأس بها. قال: قال لي مالك: إياك، وهذا التحليل. انتهى.

١٠٤ ..... كتاب القراض

مسألة: والوجه الثانى: أن يسلفه صاحب المال ما يزيده فى ثمن السلعة، فهذا هو متعدد فيه. وقال مالك: إن رب المال بالخيار، يبعث السلعة بربح أو وضعية أو لم تبع، بين أن يأخذ السلعة، ويقتضى ما أسلفه فيها، وبين أن يكون المقارض شريكاً له بحصته من الثمن فى النماء والنقصان، بحسب ما زاد العامل فيها من عند نفسه.

وقال ابن القاسم فى المدونة: إن كان ما أسلفه العامل رب المال صبغ به الثياب أو قصرها، فإن رب المال مخير بين أن يدفع إليه ما أقرضه، فيكون على القراض أو يكون شريكاً بما أدى، ويكون الربح والخسارة بينهما على ذلك.

وقال غير ابن القاسم: رب المال مخير بين أن يدفع إليه ما أدى، فيكون رب المال شريكاً به لمال القراض، فإن كان نماء أو نقص، قصر على قيمة الصبغ ورأس المال أو يكون للعامل فيه أجرة المثل، وبين أن يضمه الثياب التى طرزها وقصرها بماله، وبين أن يكون العامل شريكاً له بقيمة الصبغ من قيمة الثياب.

وجه قول ابن القاسم، أن العامل لما صرف ما صبغ به، وقصر فى مال القراض، كان الظاهر أنه إنما أسلفه رب المال ليلحقه بالقراض، فإن رضى ذلك رب المال كان من جملة القراض، وإن رد ذلك عليه كان العامل شريكاً له؛ لأنه إنما أنفقه وصرفه على وجه التجارة وطلب الربح فيه، وليس له أن يضمه الثياب؛ لأنه لم يتعد فيها بل عمل فيها ما كان له أن يعمل.

ووجه قول الغير، أن العامل إذا أسلف رب المال، وقبض صاحب المال السلف، كان بمنزلة أن يكون رب المال دفع ذلك المال الذى طرز به وصبغ من عنده، ولو فعل ذلك لكان شريكاً به لمال القراض؛ لأنه لم يأذن له فى أن يلحقه بالقراض، وإنما يكون للعامل فى ذلك أجر مثله، وإن أبى رب المال من قبول السلف، جاز له أن يضمه الثياب؛ لأنه قد تعدى بخلط ماله بمال القراض بعد الشراء به، فى وقت لا يجوز له خلط ماله به.

مسألة: فإن كان ما أسلفه اكترى به على مال القراض، فإن العامل لا يكون به شريكاً، وإن ذلك له دين فى مال القراض، فإن لم يبق من مال القراض شىء، فلا شىء له.

ووجه ذلك ما احتج به ابن القاسم أن الصبغ يحسب فى رأس المال، وله حظ من الربح لمن باع مربحة، والكراء لا يحسب له ربح؛ لأنه غير سلعة قائمة فى البز، وإنما يكون شريكاً بالسلعة القائمة.

فروع: فإذا أضاف إلى مال القراض ما يكون به شريكاً كالصبغ والقسارة، فذهب المال إلى قدر ما أضاف إليه، فإنه لا يكون له منه إلا بقدر حصته، وإن كان ما أضافه إليه لا يكون به شريكاً كالكراء، فتلف المال إلا بقدر الكراء، فإنه أحق به، قاله ابن المواز. ووجه ذلك أن ثمن الصبغ والقسارة، هو به شريك، والكراء سلف.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أن له أخذه من مال القراض؛ لأنه قضى عنه ما لزمه كمن قضى عن غيره بغير أمره، فيكون له ذلك في مال القراض.

مسألة: والوجه الثالث: أن يقرض مال القراض. والوجه الرابع: أن ينفق، ولم يقصد شيئاً من ذلك.

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالاً قِرَاضًا، ثُمَّ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ، فَعَمِلَ فِيهِ قِرَاضًا بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: إِنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ، إِنْ نَقَصَ، فَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ، وَإِنْ رِبَحَ فَلِصَاحِبِ الْمَالِ شَرْطُهُ مِنَ الرَّبْحِ، ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ شَرْطُهُ بِمَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن من دفع إلى رجل مالا قراضا، ثم دفعه العامل إلى رجل آخر، فعمل فيه على القراض دون إذن صاحب المال، فإنه لا يجوز أن يدفعه إليه، وهو على حاله لم ينقص، ولم يزد أو يدفعه إليه، وقد دخله زيادة أو نقص، فإن دفعة إليه، وهو على حاله، فدخله نقص بيد الثاني، فالأول ضامن؛ لأنه متعدي في دفع المال إلى غيره، فلزمه الضمان بذلك التعدي.

مسألة: فإن كان ماله غير ما كان عليه، فلا يخلو أن يكون دخله زيادة أو نقص، فإن دخلته زيادة، وكان أعطاه على مثل ما أخذه عليه من القراض، فإن صاحب المال يقاسم العامل الثاني، على حسب ما كان يقاسم عليه الأول، ثم يأخذ العامل الأول من الثاني ما كان يأخذ من المال لو قاسم صاحبه يوم دفعه إلى الثاني، ويكون رأس المال عند الثاني ما دفعه إليه الأول من المال وربحه، ويكون للعامل الأول نصيبه من الربح الذي ظهر عنده، وأسلمه إلى العامل الثاني.

مسألة: ولو دخل المال نقص بيد العامل الأول، ثم أخذه الثاني على مثل ذلك الربح، فربح، فعند ابن القاسم، أن رأس المال بيد الثاني ما كان رأس المال عند الأول، وعند الغير، أن رأس المال هو ما صار إلى العامل الثاني من المال.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٦٥/٢١.

١٠٦ ..... كتاب القراض

وذلك مثل أن يكون رأس المال ثمانين، فيضيع منه عند العامل الأول أربعون، ويدفع إلى العامل الثاني أربعين، فصارت بعمل الثاني مائة، فقد قال ابن القاسم في المدونة: إن صاحب المال يأخذ رأس ماله ونصف ما بقى باسم الربح، وذلك عشرة، ويأخذ العامل الثاني العشرة الباقية، ويرجع على العامل الأول ببقية ماله من الربح؛ لأن الربح في حقه ستون له منها النصف، وذلك ثلاثون.

قال سحنون: وقال غيره: بل رأس المال ما بيد العامل، وذلك أربعون، ثم يأخذ نصف الربح، وذلك ثلاثون، ثم يرجع صاحب المال على العامل الأول، وإن كان أتلّف الأربعين بعد أخذها منه، فيكمل له مائة وعشرة، وإن كانت تلفت بغير نقد رجع عليه بعشرين، وقد أخذ سبعين، فيكمل عنده رأس ماله، وربحه تسعين.

وروجه قول ابن القاسم أن أصل المال وربحه على ملك صاحب المال، فهو أحق به من العامل حتى يستوفى رأس ماله وربحه على ما أعطاه عليه، ويد العامل ليست بيد تملك، ولا مسلم إليها بحق، بل إنما صار إليه المال بالتعدى، وهو مقر بأصل المال، وإن كان أتلّف الأربعين منه وربحه لصاحبه.

وهذا هو الظاهر من قول مالك في الأصل أن لصاحب المال شرطه من الربح، ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقى من المال، فجعل صاحب المال مقدماً بأخذ ماله بأصل عقد القراض، وما شرطه فيه، ثم يأخذ بعده العامل للثاني؛ لأن «ثم» للترتيب، والله أعلم.

وروجه قول الغير، أن المال بيد العامل الثاني على وجه القراض، فكان أحق بما يدعيه من ربحه كما لو اختلف العامل وصاحب المال في الربح، فإن القول قول العامل، والله أعلم.

مسألة: فإن أخذ المال العامل الثاني على غير الجزء الذي أخذه عليه العامل الأول، وذلك مثل أن يأخذه الأول على النصف، فيدفعه إلى الثاني على الثلثين، في المدونة، قال ابن القاسم: هو ضامن عند مالك.

فإن ربح الثاني، فرب المال أولى بثلثي الربح بجميع نصف الربح، وللعامل الثاني النصف، ثم يرجع على العامل الأول بالسند الذي بقى له، ويجيء على قول الغير، أن العامل الثاني أولى بثلثي الربح، ثم يرجع صاحب المال على العامل الأول بتمام ما يجب له من الربح، والله أعلم.



كتاب القراض ..... ١٠٧

فصل: وقوله: «إن ربح، فلصاحب المال شرطه من الربح» يريد أنه أولى به من العاملين على ما تقدم.

وقوله: «ثم يكون للذي عمل شرطه مما بقى من المال» يريد أنه إنما يأخذ بعد استيفاء صاحب المال ما شرطه، فيأخذ هذا ما شرط أيضاً من باقى المال، وذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يكون فى المال ربح من تجارته، فيأخذه، وهذا إنما يكون إذا قبض للثانى رأس المال كاملاً، فتكون «من» فى قوله: «مما بقى» زائدة.

والوجه الثانى أن يكون أخذه، وفيه نماء وتجارة الأول، فيأخذ الثانى ماله من الربح الذى ربحه من جملة الربح الذى له وللعامل الأول، فتكون «من» فى قوله: «مما بقى» للتبويض.

وأما لو أخذه الثانى من الأول، وقد نقص عن رأس المال لما كان فيما بقى ما تستوفى منه حصته من الربح، ويرجع بما بقى من حصته على العامل الأول، وباللله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ تَعَدَّى، فَتَسَلَّفَ مِمَّا بِيَدَيْهِ مِنَ الْقَرَاضِ مَالًا، فَأَبْتَاغَ بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ رَبِحَ، فَالرَّبْحُ عَلَى شَرْطِهِمَا فِي الْقَرَاضِ، وَإِنْ نَقَصَ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلنَّقْصَانِ.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَاضًا، فَاسْتَسَلَّفَ مِنْهُ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ الْمَالَ مَالًا، وَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً لِنَفْسِهِ: إِنْ صَاحِبَ الْمَالِ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ شَرِكُهُ فِي السِّلْعَةِ عَلَى قَرَاضِهَا، وَإِنْ شَاءَ خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، وَأَخَذَ مِنْهُ رَأْسَ الْمَالِ كُلَّهُ، وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِكُلِّ مَنْ تَعَدَّى<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن من أخذ مالا على وجه القراض، فتعدى ما أمر به، واستسلف لينفرد بربحه، فإن ذلك لا يخلو من أن يظهر عليه قبل أن يبيع ما اشتراه أو بعد ذلك، فإن كان قبل أن يبيعه، فإن الذى دفعه إليه بالخيار بين أن يرده إلى القراض الذى عقده بينهما أو يسلمه إليه، ويضمنه رأس المال، وإن علم بذلك بعد البيع، فإن

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٦٧/٢١.

١٠٨ ..... كتاب القراض

كان ربح، فهو بينهما على ما شرطاه من القراض، وإن كان فيه نقص، ضمنه العامل للتعدى.

ووجه ذلك أن من أخذ مالا على وجه التنمية، فليس له أن يصرفه عن ذلك الوجه إلى ما ينفرد بمنفعته؛ لأن ذلك تصرف في مال الغير بغير إذنه، ولا وجه نظر له، فإن فعل، فهو متعد، يكون الدافع بالخيار بين أن يصرفه إلى ذلك الوجه الذى دفعه عليه، وبين أن يمضى له تعديده، ويضمنه المال، وكذلك المبضع معه.

فصل: وقوله: «فى الذى اشترى السلعة لنفسه أن صاحب المال بالخيار إن شاء تركه وإن شاء خلى بينه وبينها» وهذا كما قال أن من دفع إليه مال على وجه القراض، فتعدى ما أمر به فاستسلفه، واشترى به سلعة ينفرد بها، فإن لصاحب المال أن يتركه فى السلعة.

ومعنى ذلك أن يردّها إلى مال القراض، فيكون برمجها بينهما على حكم ما عقدا عليه القراض، وإنما أطلق لفظ الشركة؛ لأن الغالب من صاحب المال أنه لا يرغب فى السلعة إلا إذا كان فيها ربح، وبذلك يكون للعامل فيها شرك.

فصل: وقوله: «وإن شاء خلى بينه وبينها، وأخذ منه رأس ماله» يريد أنه يلزمه إياها، ويضمنه ثمنها، وهو رأس ماله فيها، ويكون أخذ منه بأن يجعله مع مال القراض، ويكون بأن ينزع منه مال القراض، إن كانت السلعة جميع مال القراض؛ لأنه إذا أغرمه الثمن صار عيناً، فكان له أخذ ماله منه، ولو كان معظم مال القراض عروضاً، لم يكن له أخذ ذلك منه حتى يتم عمله فيه.

\* \* \*

### ما يجوز من النفقة فى القراض

قَالَ يَحْتِى: قَالَ مَالِكٌ فِى رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا: إِنَّهُ إِذَا كَانَ الْمَالُ كَثِيرًا يَحْمِلُ النِّفْقَةَ، فَإِذَا شَخَّصَ فِيهِ الْعَامِلُ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ مِنْهُ، وَيَكْتَسِبَ بِالْمَعْرُوفِ مِنْ قَدْرِ الْمَالِ، وَيَسْتَأْجِرَ مِنَ الْمَالِ، إِذَا كَانَ كَثِيرًا لَا يَقْوَى عَلَيْهِ بَعْضُ مَنْ يَكْفِيهِ بَعْضُ مَوْنَتِهِ، وَمِنْ الْأَعْمَالِ أَعْمَالٌ لَا يَعْمَلُهَا الَّذِي يَأْخُذُ الْمَالَ وَلَيْسَ مِثْلُهُ يَعْمَلُهَا مِنْ ذَلِكَ تَقَاضَى الدَّيْنِ، وَتَقْلُ الْمَتَاعِ وَشَدُّهُ، وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مِنَ الْمَالِ مَنْ يَكْفِيهِ ذَلِكَ، وَلَيْسَ لِلْمُقَارِضِ أَنْ يَسْتَنْفِقَ مِنَ الْمَالِ، وَلَا يَكْتَسِبَ مِنْهُ

كتاب القراض ..... ١٠٩  
مَا كَانَ مُقِيمًا فِي أَهْلِهِ، إِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ النَّفَقَةُ إِذَا شَخَّصَ فِي الْمَالِ وَكَانَ الْمَالُ  
يَحْمِلُ النَّفَقَةَ، فَإِنْ كَانَ إِنَّمَا يَتَجَرُّ فِي الْمَالِ فِي الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ مُقِيمٌ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُ  
مِنَ الْمَالِ وَلَا كِسْوَةَ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن من دفع إلى رجل مالا على وجه القراض، فلا يخلو أن  
يكون كثيرا أو قليلا، فإن كان كثيرا، أو كان يعمل به في الحضر، فلا يخلو أن يكون  
في موضع استيطان العامل أو في غير موضع الاستيطان، فإن كان في موضع استيطانه،  
فلا نفقة له فيه، ولا كسوة ولا مؤنة؛ لأن مقامه ليس بسبب المال، وإنما هو لموضع  
استيطانه، فكانت نفقته عليه، وإن كان في غير موضع استيطانه، وإنما يقيم به للعمل  
بالمال، فإن له فيه النفقة والكسوة والمؤنة؛ لأن المال شغله عن الرجوع إلى وطنه،  
فأوجب مقامه في غير بلده، قاله ابن القاسم.

مسألة: فإن كان له أهل بذلك البلد، وأهل ببلد آخر مستوطنا للجهتين، فلا نفقة له  
ما أقام بالمال في أحد البلدين؛ لأن مقامه بموضع استيطانه، وذلك يمنع أن تكون نفقته  
في مال القراض.

وروى ابن البرقي عن أشهب في الذي له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر  
إليه، وإن له النفقة في ذهابه ورجوعه، ولا نفقة له مقامه في أحد الموضعين.  
ووجه ذلك أن مسافر السفر ليست بموضع استيطان له، فكانت له فيها النفقة.

مسألة: وإن كانت تجارته في السفر، فلا يخلو أن يكون السفر من أسفار القرب  
كالحج والغزو أو من غير أسفار القرب، فإن كان من أسفار القرب، فالذي عليه جمهور  
أصحابنا أنه لا نفقة له في مال القراض ذاهبا ولا راجعا، وإن كان مقصوده التجارة.  
وقال ابن المواز: له النفقة فيه ذاهبا وراجعا.

وجه قول مالك والجماعة أن هذه مسافة تقطع على وجه البر والقربة، فيجب أن  
يخلص لذلك، وإن كان القصد والغرض فيه، لم يجز أن تكون نفقته في مال القراض؛  
لأن السفر لسبب غيره، فإنه لا تجب النفقة فيه، وإن كان الخروج له كالسفر إلى موضع  
الاستيطان.

وجه ما قاله ابن المواز قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ  
رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، قال أهل التفسير: معناه التجارة في الحج.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٦٩.

١١٠ ..... كتاب القراض

ومن جهة المعنى أن هذا سفر مقصده بمال القراض إلى موضع غير استيطان، فكانت نفقته في كثيره كما لو أراد سفرًا مع السفر للقراض.

مسألة: فإن لم يكن السفر من أسفار القرية إلا أنه أراد حاجة من تجارة أو غيرها في بلد، فلما تجهز أعطاه رجل مالاً قراضاً، فأراد أن يسافر معه، فهل له نفقة في مال القراض أو لا؟ روى ابن القاسم عن مالك: له نفقته في مال القراض.

وروى ابن عبدالحكم: لا نفقة له فيه، واختاره ابن المواز.

وجه رواية ابن القاسم أن هذا مال حصلت تنميته بسفر عرا عن القرية، والتوجه إلى الوطن، فكانت نفقة العامل فيه كما لو سافر إلى أهله.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن عبدالحكم، إن سفره لم يكن سبب هذا المال، فلم تكن نفقة العامل فيه كما لو سافر إلى أهله.

فرع: فإذا قلنا برواية ابن القاسم، فكيف تكون له النفقة، ينظر، فإن كان أراد الخروج بمال للتجارة له أو لغيره، فإن نفقته على المالكين جميعاً، وإن أراد الخروج لحاجة نظر إلى قدر نفقته في طريقه، فإن كانت مائة، وكان مال القراض تسعمائة، فإن على مال القراض من نفقته تسعة أعشارها وعليه عشرها.

مسألة: وإن سافر بمال القراض إلى بلد هو به مستوطن، فلا نفقة له في الذهاب وله النفقة في الإياب.

وجه ذلك أن غرضه في الذهاب إلى أهله منعه النفقة من مال القراض ولا غرض له في رجوعه إلا تنمية المال، فكانت نفقته فيه، وليس كذلك السفر إلى الغزو، فإنه غرضه في الذهاب الغزو وغرضه في الرجوع الخروج من بلد الكفر، فمنع ذلك النفقة.

وقد روى ابن البرقي عن أشهب فيمن له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر، أن له النفقة في ذهابه ورجوعه، ولا نفقة له في مقامه في الموضعين، والذي قاله مالك: لا نفقة له في الذهاب ولا الإياب. وجه قول أشهب قد تقدم.

مسألة: ولا يخلو أن يكون السفر بعيداً أو قريباً، فإن كان السفر بالمال قريباً مثل دمياط في مثل من يخرج لشراء صوف أو سمن، إلا أن يكون ممن يريد المقام لشراء الحبوب وغيرها الشهرين والثلاثة، فإنه ذلك سفر، وإن قرب المكان، فإنه يأكل ويكتسى، فروى عيسى عن ابن القاسم: أنه يأكل ولا يكتسى. ورواه ابن حبيب عن مالك: وقد يكترى منه مراكباً.

كتاب القراض ..... ١١١

ووجه ذلك أن النفقات التي تختص لقريب المدد، يلزم هذا السفر لقربه كالأكل والركوب، فإن هذه المعاني يحتاج إليها في قريب السفر لقصر مدته؛ لأنه لا يشتري كسوة ليوم ولا ليومين.

مسألة: وإن كان السفر بعيداً، فللعامل في مال القراض مؤنته المعتادة من نفقته، وكسوته، وكراء مسكن، ودخول حمام، وحجامة، وحلق رأس، وغسل ثوب، وغير ذلك من الأمور المعتادة التي لا ينفك عنها الإنسان، رواه أشهب عن مالك في الحجامة والحمام. وقال أبو حنيفة: ليس له أن ينفق في حجامة وحمام.

والدليل على صحة ما نقوله أن هذا مما لا ينفك عنه مسافر في حضر، فكان ذلك من مال القراض. أصله ما يأكل ويكتسى به. وأما الدواء، فليس في مال القراض؛ لأنه من الأمور التي لا تسعمل على معتاد العادة، وإنما تستعمل على وجه الضرورة والحاجة التي ليست بمعتادة.

مسألة: ونفقته في ذلك على قدر حاله وحال المال؛ لأن هذه نفقة يعتبر فيها كثرة المال وقتله، فوجب أن يعتبر فيها حال من ينفق عليه كنفقة الزوجات. وأما الكسوة، فإن الذي يلزم مال القراض من كسوة العامل كسوة مثله في مقامه وسفره.

وقال القاضي أبو محمد: إن الذي له من الكسوة التي لولا الخروج بالمال لم يحتاج إليها، والأول أصح؛ لأن ما قاله ييطل بالنفقة للأكل والشرب؛ لأن هذا مما لا يدخله عليه السفر بالمال ومع ذلك، فإنه يجب له في المال.

فرع: وكم مبلغ المال الكثير، روى ابن المواز عن مالك في القراض والبضاعة خمسين ديناراً أو أربعين، أن نفقة العامل والمبضع معه وكسوتهما في بعيد السفر، وفي السفر القريب، نفقته دون كسوته.

مسألة: فإن كان المال يسيراً لا يحتمل مؤنة العامل فيه، فقد قال مالك: ليس للعامل فيه نفقة، ولا كسوة في بعيد السفر ولا قريبه.

ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل النفقة، ولا يقصد بسببه السفر.

مسألة: فإن شرط رب المال على العامل أن لا ينفق من المال الذي يحتمل النفقة في سفر بعيد، ففي كتاب محمد عن مالك: لا يجوز. قال ابن القاسم: فإن وقع، فهو أجير.

ووجه ذلك أن صاحب المال اشترط زيادة لا يقتضيها مطلق عقد القراض، فوجب

أن يفسد القراض كما لو اشترط في ذلك المقدار من الربح لنفسه خالصاً.

فصل: وقوله: «ويستأجر من المال إذا كان كثيراً لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته» يريد إذا كان المال كثيراً، جاز أن يستأجر منه من يعينه على حفظه والقيام به؛ لأن هذا سنة هذا المال في القراض، والله أعلم.

فصل: وقوله: «ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذي يأخذ المال، وليس مثله يعملها» يريد أن بعض الأعمال لا يعملها المقارض من القسارة، والصبغ والخياطة، وإنما جرت العادة أن يعملها الصانع، ومنها ما لا يعملها مثل المقارض، وإن كانت مما يمكن أكثر الناس عملها كالشد والطى والنقل، فمثل هذا يحكم فيه المعتاد المعروف، وقد يكون من العمال من له الحال والمعروف والتعاون، فيحمل على عادته.

فصل: وقوله: «وتقاضى الدين» يريد حقه والمطالبة به. وأما قبضه فهو مما يختص به العامل، ويحتمل أن يريد به قبض الأجير المأمون الدراهم اليسيرة، فيأيت بها وما أشبه ذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَخَرَجَ بِهِ وَبِمَالِ نَفْسِهِ، قَالَ: يَجْعَلُ النَّفَقَةَ مِنَ الْقِرَاضِ وَمِنْ مَالِهِ عَلَى قَدْرِ حِصَصِ الْمَالِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال إذا سافر العامل بمال القراض وبمال آخر، وأنشأ السفر لهما، فإن نفقته ومؤنته عليهما؛ لأن سفره كان بسببهما. وقد اختلف أصحابنا في مطلق عقد القراض، هل يقتضى السفر بالمال، فالمشهور من مذهب مالك أن ذلك مباح للعامل بمطلق العقد، وبه قال الشافعى، وهى رواية عن أبى حنيفة. وقال ابن حبيب: ليس له ذلك إلا بإذن رب المال. وقد روى ذلك عن أبى حنيفة.

ووجه القول الأول أن اسم العقد مأخوذ منه؛ لأن المضاربة مأخوذة من الضرب فى الأرض، قال الله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا يَصْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَتَّبِعُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، فإذا كان معنى المضاربة السفر، فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة. ومن جهة المعنى أن هذا وجه مقصود من وجوه التنمية. أصل ذلك سائر أنواع التجارة.

ووجه القول الثانى أن هذا مأذون له فى الشراء بعقد جائز، فلم يكن له السفر بمطلق العقد كالوكيل على الشراء.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٧٠/٢١.

فرع: فإذا قلنا بالقول الأول، فهل يختص ذلك بمقدر من المال، المشهور من مذهب مالك أن ذلك سواء في قليل المال وكثيره. وقال سحنون: أما المال اليسير، فليس له أن يسافر به سفرًا بعيدًا إلا بإذن ربه.

وجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل الإنفاق منه في السفر، فلم يقتض سفرًا ينفق العامل فيه من مال القراض، والله أعلم.

\* \* \*

### ما لا يجوز من النفقة في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ مَعَهُ مَالٌ قِرَاضٌ، فَهُوَ يَسْتَنْفِقُ مِنْهُ وَيَكْتَسِبُ: إِنَّهُ لَا يَهَبُ مِنْهُ شَيْئًا، وَلَا يُعْطَى مِنْهُ سَائِلًا وَلَا غَيْرَهُ، وَلَا يُكَافَى فِيهِ أَحَدًا، فَأَمَّا إِنْ اجْتَمَعَ هُوَ وَقَوْمٌ فَجَاءُوا بِطَعَامٍ، وَجَاءَ هُوَ بِطَعَامٍ، فَأَرْجُو أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ وَاسِعًا، إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدَ أَنْ يَتَفَضَّلَ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ تَعَمَّدَ ذَلِكَ أَوْ مَا يُشَبِّهُهُ بغير إذن صاحب المال، فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلَلَ ذَلِكَ مِنْ رَبِّ الْمَالِ، فَإِنْ حَلَّ ذَلِكَ، فَلَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يُحْلَلَهُ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُكَافِئَهُ بِمِثْلِ ذَلِكَ، إِنْ كَانَ ذَلِكَ شَيْئًا لَهُ مُكَافَأَةٌ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن من كانت نفقته وكسوته في مال القراض، فليس له أن يتعدى ذلك إلى الهبة منه والتفضل على الناس.

وأما قوله: «ولا يعطى منه سائلا ولا غيره» فيحتمل أن يريد بذلك أنه لا يعطى منه من سأل الدراهم والثياب. وأما أن يعطى منه الكسوة والقطعة للسائل الراضى بالدون المتكفف للناس، فلا بأس بذلك.

فصل: وقوله: «فأما إن اجتمع هو وقوم، فجاءوا بطعام، وجاء هو بطعام، فأرجو أن يكون ذلك واسعا، إذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم» يريد أن يفعل هو وأصحابه ورفقاؤه وما جرت به عادة الرفقاء أن يتخارجوه في النفقات، فيخرج كل إنسان منهم بقدر ما يتعاون فيه، ثم ينفقون منه في طعامهم وغير ذلك مما تشملهم الحاجة إليه، فإن ذلك جائز.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٧٢/٢١، وقال: هذا الباب ليس فيه اختلاف، والأصل المجتمع عليه أن المال القراض لم يعطه العامل ليهبه، ولا ليتصدق به، ولا ليتلفه، وإنما أعطيه ليشره، ويطلب فيه الربح والنماء، ولا يعرضه للهلاك والتوى، وهذا ما لا اختلاف فيه بين العلماء.

وإن كان منهم من يأكل في بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم في يوم دون رفقاءه؛ لأن ذلك مما تدعو الحاجة إليه في السفر؛ لأن انفراد كل إنسان منهم يتولى طعامه يشق عليه، ويشغله عما هو بسببه من أمر سفره.

فإذا ترافق جماعة، تولى كل إنسان منهم من العمل لنفسه وإصحابه ما يرتفق به الجماعة، وعلى ذلك كان الصحابة، وعمل المسلمين إلى هلم جرا، لا يعد ذلك تفضلاً من بعضهم على بعض، وكذلك أن ما يرتفق به الجماعة جاء كل واحد منهم بطعام، فأكلوا جميعاً في سفرهم، وإن كان بعض ذلك أكثر بعض.

ولا يعد ذلك تفضلاً من العامل إذا كان من الأمر المعروف، وإنما يكون تفضلاً إذا أتى بأمر يستنكر من ذلك، ويخرج عن العادة، فهذا لا يجوز للعامل فعله؛ لأنه ليس فيه تنمية لمال التجارة، فإن فعل شيئاً من ذلك وجب عليه أن يتحلل من صاحب المال إما بأن يجعله في حل ويمضى فعله. وإما بأن يحتسب بقدر التفضل على نفسه.

\* \* \*

### الدين في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قَرَضًا، فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، ثُمَّ بَاعَ السِّلْعَةَ بِدَيْنٍ، فَرَبِحَ فِي الْمَالِ، ثُمَّ هَلَكَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَ الْمَالَ، قَالَ: إِنْ أَرَادَ وَرَثَتُهُ أَنْ يَقْبِضُوا ذَلِكَ الْمَالَ، وَهُمْ عَلَى شَرْطِ أَبِيهِمْ مِنَ الرَّبْحِ، فَذَلِكَ لَهُمْ إِذَا كَانُوا أَمْنَاءَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنْ كَرِهُوا أَنْ يَقْتَضَوْهُ وَخَلَوْا بَيْنَ صَاحِبِ الْمَالِ وَبَيْنَهُ، لَمْ يُكَلَّفُوا أَنْ يَقْتَضَوْهُ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ، وَلَا شَيْءَ لَهُمْ إِذَا أَسْلَمُوهُ إِلَى رَبِّ الْمَالِ، فَإِنْ اقْتَضَوْهُ فَلَهُمْ فِيهِ مِنَ الشَّرْطِ وَالنَّفَقَةِ مِثْلُ مَا كَانَ لِأَبِيهِمْ فِي ذَلِكَ، هُمْ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِمْ، فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا أَمْنَاءَ عَلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ لَهُمْ أَنْ يَأْتُوا بِأَمِينٍ ثِقَةٍ، فَيَقْتَضَى ذَلِكَ الْمَالَ، فَإِذَا اقْتَضَى جَمِيعَ الْمَالِ وَجَمِيعَ الرَّبْحِ، كَانُوا فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ أَبِيهِمْ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن العامل إذا توفي بعد أن يشغل مال القراض، فإن حق عمله فيه يكون لورثته، فليس لرب المال أن ينتزعه من ورثته بعد ذلك؛ لأن ذلك حق لهم في المال انتقل إليهم عن موروثهم.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٧١.



كتاب القراض ..... ١١٥

مسألة: وشغل المال أن يشتري بجميعه أو بالأكثر منه، فليس لصاحب المال بعد ذلك أن يأخذه من ورثته إن أرادوا العمل فيه إلا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لموروثهم؛ لأنهم قد حلوا محله.

مسألة: فأما إذا اشترى به زاده وكسوته أو اكترى راحلة ليسافر، ثم توفى ميل أن يسافر، فإن لرب المال أن يأخذ ماله، ويأخذ ما ابتاع من نفقة وكسوة، ولا رجوع له في مال الميت إن دخل ذلك نقص عما ابتاعه به، وليس للورثة أن يقولوا: لا بد أن نعمل فيه؛ لأن موروثهم لو كان حيًا، لم يكن له ذلك؛ لأن حقه لم يتعلق بعدمه.

مسألة: وأما إن سافر به، ولم يبتع به شيئًا، فروى ابن المواز: لرب المال إن مات، وقد سافر العامل بمال، فليس للوارث انتزاعه منه، وإن التزم نفقته.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية: أن العامل إذا أشخص بالمال، ثم أخذه منه صاحب المال، أن نفقته في الرجوع على رب المال، فعلى رواية محمد أن السفر عمل في مال القراض. وعلى رواية أبي زيد، ليس ذلك بعمل.

وجه القول الأول أن التجارة عمل مقصود وتصرف معتاد للتجارة، فمنع أخذ مال القراض كالشراء والبيع.

وجه القول الثاني أن المال باق على حاله لم يتغير، فكان لرب المال أخذه. أصله إذا لم يسافر.

فصل: وقوله: «فإذا اشترى سلعة، فباعها بربح» يريد أن صاحب المال أذن في البيع بالدين؛ لأن صاحب المال يجوز له أن يأذن في أن يبيع بالدين والعرض، ولا يجوز أن يأذن له أن يبتاع بدين عليه.

وجه ذلك أنه إذا باع بدين لم تخرج تجارته عن مال القراض، وإذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض، فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض بزيادة يزدادها على العامل.

مسألة: وليس للعامل أن يبيع بنسيئة إلا بإذن رب المال خلافاً لأبي حنيفة في قوله: ذلك بمطلق العقد.

ودليلنا على صحة ما نقوله أن هذا عقد يقتضي الأمر بالبيع والشراء، فلم يقتضى مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء.

مسألة: فإن شرط البيع بالنسيئة، فهو على ضربين، أحدهما: أن يشترط على العامل، وذلك غير جائز؛ لأنها زيادة عمل على العامل اشترطه رب المال. والثاني: أن يأذن له فيه، فإن ذلك جائز، فإن باع به ثم فسخا القراض، كان على العامل قبض الديون، كان فى المال ربح أو خسارة، وبه قال الشافعى.

قال أبو حنيفة: إن كان فى المال ربح، لزمه قبض الديون، فإن لم يكن فى المال ربح، لم يلزمه ذلك.

والدليل على ما نقوله أن هذا دين من مال القراض، فلزم العامل قبضه. أصله إذا كان فى المال ربح.

فصل: وقوله: «ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال» يريد هلك العامل قبل أن يقبض ما باع بالدين، «فإن لورثته أن يقبضوا ذلك المال، ولهم فيه شرط أبيهم» يريد من قدر الربح وغير ذلك من النفقة والكسوة، إن وجب ذلك.

فصل: وقوله: «إذا كانوا أمناء على ذلك» وصفة العامل الذى يرفع المال من الورثة أو من غيرهم، أن يكون مأموناً على مثله عالمًا بالعمل فيه والحفظ له؛ لأن ذلك كله من الصفات المعتبرة فى العامل؛ لأنه إن كان مأموناً، ولم يكن بصيراً بالعمل والتجارة، خسر فى المال، ولم ينتفع بأمانته.

مسألة: فإن لم يكونوا أمناء، ولم يأتوا بأمين، وأرادوا ترك العمل، لم يكن لهم من ربحه شىء، ولا كان عليهم من خسارته، قليل ولا كثير، ولا كلفوا قبضه ولا صرفه عيناً.

والفرق بينهم وبين العامل إذا شغل المال بسلع، ليس له ترك المال حتى يصيره عيناً، أن العامل قد التزم ذلك، وهؤلاء لم يلتزموا، إنما لهم ما ترك موروثهم من حق، وليس عليهم ما ترك من عمل، ودين العامل ما عليه من الحقوق كما له استيفاء ماله منها، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا عَلَى أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ، فَمَا بَاعَ بِهِ مِنْ دَيْنٍ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ: إِنَّ ذَلِكَ لَارِثٌ لَهُ، إِنْ بَاعَ بِدَيْنٍ، فَقَدْ ضَمِنَهُ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال؛ لأنه إذا اشترط عليه ألا يبيع بالدين، فباع به أنه ضامن، إن

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٧٣/٢١.

كتاب القراض ..... ١١٧  
كانت فيه خسارة؛ لأنه متعدد، وكذلك لو اشترط عليه أن ألا يبيع بالدين، ولم يأذن له فيه، وإن كان فيه ربح، فهو بينهما على شرطهما؛ لأن تعديه في بيعه بالدين لا يسقط حقه من الربح، والله أعلم.

\* \* \*

### البضاعة في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، وَاسْتَسْلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ سَلْفًا أَوْ اسْتَسْلَفَ مِنْهُ صَاحِبُ الْمَالِ سَلْفًا أَوْ أَبْضَعَ مَعَهُ صَاحِبُ الْمَالِ بَضَاعَةً يَبِيعُهَا لَهُ أَوْ بَدَنًا يَبِيعُهَا لَهُ بِهَا سِلْعَةً.

قَالَ مَالِكٌ: إِنْ كَانَ صَاحِبُ الْمَالِ إِنَّمَا أَبْضَعَ مَعَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ مَالُهُ عِنْدَهُ ثُمَّ سَأَلَهُ مِثْلَ ذَلِكَ فَعَلَهُ لِإِخَاءٍ بَيْنَهُمَا أَوْ لِيَسَارَةٍ مَوْنَةً ذَلِكَ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْزِعْ مَالَهُ مِنْهُ أَوْ كَانَ الْعَامِلُ إِنَّمَا اسْتَسْلَفَ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ أَوْ حَمَلَ لَهُ بَضَاعَتَهُ، وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهُ مَالُهُ فَعَلَ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ، وَلَوْ أَبَى ذَلِكَ عَلَيْهِ لَمْ يَرُدُّ عَلَيْهِ مَالَهُ، فَإِذَا صَحَّ ذَلِكَ مِنْهُمَا جَمِيعًا، وَكَانَ ذَلِكَ مِنْهُمَا عَلَى وَجْهِ الْمَعْرُوفِ، وَلَمْ يَكُنْ شَرْطًا فِي أَصْلِ الْقِرَاضِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ لَا بَأْسَ بِهِ، وَإِنْ دَخَلَ ذَلِكَ شَرْطًا أَوْ خِيفَ أَنْ يَكُونَ إِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ الْعَامِلُ لِصَاحِبِ الْمَالِ؛ لِيُقِرَّ مَالُهُ فِي يَدَيْهِ أَوْ إِنَّمَا صَنَعَ ذَلِكَ صَاحِبُ الْمَالِ؛ لِأَنْ يُمَسِكَ الْعَامِلُ مَالَهُ وَلَا يَرُدُّهُ عَلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَحْزُرُ فِي الْقِرَاضِ، وَهُوَ مِمَّا يَنْهَى عَنْهُ أَهْلُ الْعِلْمِ<sup>(١)</sup>.

(١) قال في الاستذكار ١٧٧/٢١: ما قاله مالك، رحمه الله، في هذا الباب صحيح واضح؛ لأن الأصل المجتمع عليه في القراض أن تكون حصة العامل في الربح معلومة وكذلك حصة رب المال من الربح لا تكون أيضا إلا معلومة، فإذا شرط أحدهما على صاحبه بضاعة يحملها له ويعمل فيها، فقد ازداد على الحصة المعلومة ما تعود به بجهولة؛ لأن العمل في البضاعة له أجره يستحقها العامل، فيها قد ازدادها عليه رب المال، والسلف من كل واحد هو في هذا المعنى إذا كان شيء من ذلك مشروطا في أصل عقد القراض، وأما أن تطوع منهما منطوع فلا بأس إذا سلم عقد القراض من الفساد. هذا وجه الفقه في هذه المسألة، وما عداه فاستحباب، وورع وترك مباح خوفاً من واقعة المحذور، والله أعلم. وهذا المعنى هو قياس قول الشافعي أيضا، والكوفي، وسائر أهل العلم، إن شاء الله.

١١٨ ..... كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال أن من أبضع أحدهما مع صاحبه أو استسلف منه شرط كان في أصل القراض، فإن ذلك غير جائز؛ لأن ذلك زيادة ازدادها في القراض ليست من الربح، فلم يصح ذلك.

فإن فعل ذلك من غير شرط، ولكنه فعله بعد عقد القراض، فلا يخلو أن يكون ذلك بعد عمل في المال أو قبله، فإن كان بعد العمل، وكان ذلك لإخاء بينهما ومودة، فهو جائز، وإن كان لإبقاء القراض واستدامته، فهو من باب الهدنة لإبقاء القراض، وذلك ممنوع.

وإن كان قبل العمل، فروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية في العامل يسافر بمال القراض، فيقول لصاحبه: لا أنفق من مالك: أنه إن كان المال عيناً بعد، فلا يجوز، وإن كان بعد الشراء أو الشخصوص به، فهو جائز؛ لأن المال إذا كان عيناً بعد، ففيه تهمة.

\* \* \*

### السلف في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَسْلَفَ رَجُلًا مَالًا ثُمَّ سَأَلَهُ الَّذِي تَسَلَّفَ الْمَالَ أَنْ يُقِرَّهُ عِنْدَهُ قِرَاضًا.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مَالَهُ مِنْهُ ثُمَّ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ قِرَاضًا إِنْ شَاءَ أَوْ يُمَسِّكَهُ<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ عِنْدَهُ وَسَأَلَهُ أَنْ يَكْتُبَهُ عَلَيْهِ سَلَفًا، قَالَ: لَا أَحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَقْبِضَ مِنْهُ مَالَهُ ثُمَّ يُسَلِّفَهُ إِيَّاهُ إِنْ شَاءَ أَوْ يُمَسِّكَهُ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ مَخَافَةٌ أَنْ يَكُونَ قَدْ نَقَصَ فِيهِ، فَهُوَ يُجِبُّ أَنْ يُؤَخِّرَهُ عَنْهُ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ فِيهِ، مَا نَقَصَ مِنْهُ فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ وَلَا يَجُوزُ وَلَا يَصْلُحُ<sup>(٢)</sup>.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٠/٢١، وقال: اختلف الفقهاء في هذه المسألة: فمنهم من قال أنه لا يجوز فإن فعل فالقراض فاسد، وما اشترى وباع فهو العامل الذي كان عليه الدين. وهو قول أبي حنيفة، وأحد قول الشافعي.

وقال أبو يوسف، ومحمد: لا يجوز وما اشترى وباع، فهو للآمر، وللمقارض أجر مثله.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٠/٢١، وقال: قد بين مالك الفقه لكرهية ما كره في هذه المسألة، وسائر أهل العلم على كراهة ذلك، وهو غير جائز عندهم، إلا أن علقهم في=

الشرح: أما الفصل الأول، فقد مضى الكلام فيه. وأما الفصل الثاني، فهو على ما قال أنه إذا عمل العامل بالمال مدة، ثم أخبر رب المال بمبلغه، وسأله أن يقره عنده، فإن ذلك لا يجوز حتى يقبضه منه قبضاً ناجزاً، ثم إن شاء أن يرده إليه قراضاً فعل؛ لما قدمه من تجويز أن يكون قد دخله نقص، فيؤخر عنه ليضمن له النقص فيه، فيدخله السلف لزيادة، ويدخله أيضاً فسخ دين في دين؛ لأن للقراض بعض التعلق بدمته؛ لأنه لو ادعى الخسارة فيه، ولم يبين وجهها.

فقد قال بعض أصحابنا: إنه يضمن لو ادعى تبرئة، لم يضمن، وإذا أسلفه إياه، فقد تعلق على غير الوجه الذي كان متعلقاً به، فهو من باب فسخ الدين في الدين.

مسألة: وأما إن أحضر العامل المال، فسأل صاحبه أن يخليه عنده قراضاً، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: لا يجوز حتى يقبضه منه، ثم يسلفه إن شاء، ويجيء على قول ابن حبيب أن حضور المال بمنزلة قبضه، أن ذلك جائز.

\* \* \*

### المحاسبة في القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ فَرَبِجَ، فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ مِنَ الرَّبِجِ، وَصَاحِبُ الْمَالِ غَائِبٌ، قَالَ: لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ، وَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا، فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ حَتَّى يُحْسَبَ مَعَ الْمَالِ إِذَا اقْتَسَمَاهُ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا يَجُوزُ لِلْمُتَقَارِضِينَ أَنْ يَتَحَاسَبَا وَيَتَفَاصِلَا، وَالْمَالُ غَائِبٌ عَنْهُمَا، حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ فَيُسْتَوْفَى صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ ثُمَّ يَقْتَسِمَا الرَّبِجَ عَلَى شَرْطِهِمَا<sup>(١)</sup>.

= ذلك أن الدين لا يعود أمانة حتى يقبض ثم يعاد، وكذلك الأمانة لا تعود في الذمة ولا تكون مضمونة إلا بأن يقبضها ربها، ثم يسلفها، فتنتقل إلى الذمة حينئذ.

وكره ابن القاسم أن يقول رب الوديعة للمودع عنده: اعمل بما تراها، ولم يجبره. وكره أشهب أن يوقع. وقال ابن المواز: لا بأس به.

ولم يختلفوا في أنه لا يجوز أن يعمل بالدين قراضاً بإذن صاحبه قبل قبضه. واختلفوا إذا أذن له رب الدين، فعمل به قراضاً. فروى سحنون عن ابن القاسم، قال: الربح والخسارة جميعاً للمديان، وعليه. وقال أشهب: إن عمل بالخسارة والربح على رب الدين. انتهى.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٧٤.

١٢٠ ..... كتاب القراض

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح إلا بحضرة رب المال وحضرة المال؛ لأن أخذه حصته منه مقاسمة فيه، ولا يجوز أن يتقاسما ربح القراض إلا بعد أن يحصل رأس المال.

ولو حضر المال وصاحبه، فأمره أن يأخذ منه حصته من الربح، ويبقى الباقي عنده على وجه القراض أو تقاسما الربح، ويبقى رأس المال عنده على وجه القراض، ولم يقبضه منه، فقد قال ابن القاسم: لا يصلح ذلك حتى يقبضه منه.

ووجه ذلك أن بقاء المال بيد العامل لا يكون إلا على الوجه الذى قبضه عليه، ولا يخرج عن ذلك إلا قبضه منه؛ لأن وجه الصحة فى القراض أن يجبر رأس المال بربحه، ولو أمضينا ما اتفقا عليه ما قسماه من الربح على أن يجبر به رأس مال القراض إن دخله نقص، وذلك غير جائز كما لو شرطاه.

فرع: ولو عملا ذلك، فمن قبض منهما شيئاً من الربح، ثم نقص رأس المال، فإنه يرد ما قبض ليجبر به رأس المال.

ووجه ذلك رد الربح على ما بنى عليه عقد القراض الصحيح حين عقده.

مسألة: ولو أخذ رب المال رأس ماله، وبقي الباقي بيد العامل على القراض، فروى أبو زيد عن ابن القاسم، أن ذلك غير جائز، وهى الآن شركة لا تصلح إلا أن يعملها فيها جميعاً.

ووجه ذلك أنه إذا أخذ رأس ماله، فقد بقى الباقي ملكاً لهما؛ لأنه ليس عمله عن رأس مال، فهما شريكان، ومقتضى الشركة عمل الشريكين.

مسألة: وصفة القسمة أن يحضر المال، فيأخذ صاحب المال من العين مثل ما دفع أو يأخذ به سلعة، إن اتفقا على ذلك، ثم يقسمان الباقي عينا أو سلعة إن اتفقا على ذلك، حكاه ابن حبيب عن مالك.

زاد ابن مزين: لا ربح لواحد منهما حتى يحضر المال حضور صحة، ويأخذه صاحبه أخذ مفاصلة، وقطع لما بينهما، ثم إن بدا له أن يرده إليه قراضاً، فهو الذى يفصل بين القراض الثانى والأول.

فأما أن يحضر ويقبضه صاحبه قبضاً على غير صحة ومفاصلة بانقطاع، ثم يرده إليه فى المجلس وفى الفور قراضاً، فهذا بمنزلة ما لم يحضر، ولم يقبض، وهو قراض واحد يجبر الآخر بالأول إن جاءت فيه ضبيعة.

ووجه ذلك أنهما إن تشاحا أو شح أحدهما، لم يأخذ صاحب المال إلا مثل ما أعطى، وعلى تلك الصفة يلزم العامل أن يرد جميع المال، فيتفاسخان جميع الربح بعد اقتضاء رأس المال، فإن اتفقا على أن يأخذ برأس ماله سلعة يجوز سلم رأس المال فيها جاز، وكذلك إن اتفقا على قسمة الربح عروضاً على وجه سائغ، فإنه يجوز لهما ذلك.

مسألة: فإن كان المال ديوناً بإذن رب المال أو عروضاً، فيسلم ذلك المال إلى رب المال برضاه بذلك، فهو جائز، قاله ابن القاسم عن مالك في العتبية، وكتاب محمد، وأنكر ذلك سحنون في العتبية.

مسألة: ولو صير العامل المال عروضاً، ثم اتفقا على المقاسمة، فقال العامل: أنا آخذ العروض، ولك على رأس مالك أو لك رأس مالك وحصتك من الربح كذا.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَخَذَ مَالًا قِرَاضًا فَاشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، وَقَدْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَطَلَبَهُ غَرْمَاؤُهُ، فَأَذْرَكُوهُ بِلَدِّ غَائِبٍ عَنْ صَاحِبِ الْمَالِ، وَفِي يَدَيْهِ عَرْضٌ مُرَبَّحٌ بَيْنَ فَضْلِهِ، فَأَرَادُوا أَنْ يُبَاعَ لَهُمُ الْعَرْضُ، فَيَأْخُذُوا حِصَّتَهُ مِنَ الرَّبْحِ، قَالَ: لَا يُؤْخَذُ مِنْ رِبْحِ الْقِرَاضِ شَيْءٌ حَتَّى يَحْضُرَ صَاحِبُ الْمَالِ، فَيَأْخُذَ مَالَهُ، ثُمَّ يَفْتَسِمَانِ الرَّبْحَ عَلَى شَرْطِهِمَا<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس لغرماء العامل على حصته من الربح حتى يقبض صاحب المال رأس ماله، ويقاسمه الربح.

مسألة: فإن قام غرماء رب المال على العامل، وهو غائب، والمال عين، قضى الغرماء دينهم من رأس المال وحصته من الربح، ودفع إلى العامل حصته من الربح، قاله ابن المواز عن مالك.

قال: فإن كان المال سلعة، لم يحكم لهم بالبيع حتى يرى للبيع وجه، ولا يباع لهم منه دين حتى يقبض، ولو شاء رب المال تعجيل ذلك، لم يكن له ذلك.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك أنه فرق بين غرماء العامل وغرماء صاحب المال على نحو ما تقدم. قال عيسى: وإنما عيبة صاحب المال بمنزلة لو لم أن رجلاً أبضع مع رجل بضاعة، فلما قدم بلد الايتاع، قام عليه غرماء صاحب المال، فأثبتوا دينهم، أن القاضي يقضى لهم بتقاضى البضاعة في ديونهم، ويكتب للمبضع معه براءة.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٣/٢١.

وهذا الذى قاله، ورواه ابن القاسم عن مالك مبنى على أن العامل يملك حصته من الربح إلا بعد القسمة فلذلك لا يباع المال لغرمائه، ويباع لغرماء رب المال؛ لأن المال كله على ملكه، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَتَجَرَ فِيهِ، فَرَبِحَ ثُمَّ عَزَلَ رَأْسَ الْمَالِ، وَقَسَمَ الرَّبْحَ، فَأَخَذَ حِصَّتَهُ، وَطَرَحَ حِصَّةَ صَاحِبِ الْمَالِ فِي الْمَالِ بِحَضْرَةِ شَهَدَاءَ أَشْهَدَهُمْ عَلَى ذَلِكَ، قَالَ: لَا تَجُوزُ قِسْمَةُ الرَّبْحِ إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَ أَخَذَ شَيْئًا رَدَّهُ حَتَّى يَسْتَوْفَى صَاحِبُ الْمَالِ رَأْسَ مَالِهِ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ مَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا عَلَى شَرْطِهِمَا<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال، ولا ينفعه الإشهاد على ذلك؛ لأنه أشهد على فعل ما لا يجوز له فعله، فيجب عليه رد ما أخذه، فإن تجر فيه، فربح، فحصة رب المال فى ذلك الربح، وهو قطعة من مال القراض، ويجبر به نقصه.

ويكون لصاحب المال حصته من ربحه، فإن وقع ذلك، فهو بمنزلة العامل يتسلف شيئاً من مال القراض، فتجر فيه لنفسه، أن صاحب المال بالخيار بين أن يجبر ذلك أو يرده إلى حكم القراض، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ فَجَاءَهُ، فَقَالَ لَهُ: هَذِهِ حِصَّتُكَ مِنَ الرَّبْحِ، وَقَدْ أَخَذْتُ لِنَفْسِي مِثْلَهُ، وَرَأْسُ مَالِكَ وَأَفِرُّ عِنْدِي.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أُحِبُّ ذَلِكَ حَتَّى يَحْضُرَ الْمَالُ كُلُّهُ، فَيَحَاسِبَهُ حَتَّى يَحْصُلَ رَأْسُ الْمَالِ، وَيَعْلَمَ أَنَّهُ وَأَفِرُّ وَيَصِلَ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَقْتَسِمَانِ الرَّبْحَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ يَرُدُّ إِلَيْهِ الْمَالُ إِنْ شَاءَ أَوْ يَحْبِسُهُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ حُضُورُ الْمَالِ مَخَافَةَ أَنْ يَكُونَ الْعَامِلُ قَدْ نَقَصَ فِيهِ، فَهُوَ يُجِبُّ أَنْ لَا يُنْزَعَ مِنْهُ وَأَنْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال أنه لا يجوز أن يقاسم الربح إلا بعد رد رأس المال وقبض صاحبه له؛ لأننا قد بينا أن العامل لا يملك حصته من الربح إلا بعد القسمة، والربح تبع فى القسمة لرأس المال، لا تصح قسمته إلا بعد ذلك؛ لأن مقتضى القراض أن يجبر رأس المال بالربح، ولو عقدا القراض على خلاف ذلك لم يصح.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٤/٢١.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٨٤/٢١.



كتاب القراض ..... ١٢٣  
وهذا الحكم ثابت فيه حتى رد إلى صاحبه، ويصير بيديه كسائر أحكامه من كونه  
أمانة بيديه وغير ذلك.

\* \* \*

### جامع ما جاء فى القراض

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا فَأَتْبَعَ بِهِ سِلْعَةً فَقَالَ  
لَهُ صَاحِبُ الْمَالِ: بَعْهَا، وَقَالَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ: لَا أَرَى وَجْهَ بَيْعٍ، فَاخْتَلَفَا فِي  
ذَلِكَ، قَالَ: لَا يُنْظَرُ إِلَى قَوْلٍ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَيُسْأَلُ عَنْ ذَلِكَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ وَالْبَصِيرِ  
بِتِلْكَ السِّلْعَةِ، فَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ بَيْعٍ بَعِثْ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ رَأَوْا وَجْهَ انْتِظَارٍ انْتَظِرْ بِهَا<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه ليس لرب المال أن يبيع على العامل سلعة متى شاء؛ لأن  
ذلك إبطال لعمله، وإتلاف لما يبقى له من حصته من الربح، والقراض قد لزمهما على  
وجه ما دخلا فيه بالشراء والعمل، فليس لواحد منهما الانفكاك إلا على وجه المعهود  
من التجارة وطلب التنمية.

وكذلك لو كان مال القراض ديناً دأين به العامل بإذن رب المال، ثم أراد أحدهما  
بيع ذلك وتعجيل ماله، وأباه الآخر، كان القول قول الآبي منهما؛ لأنه دعا إلى المعهود  
من القراض والتجارة.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أَخَذَ مِنْ رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَعَمِلَ فِيهِ ثُمَّ سَأَلَهُ صَاحِبُ الْمَالِ  
عَنْ مَالِهِ، فَقَالَ: هُوَ عِنْدِي وَافِرٌ، فَلَمَّا أَخَذَهُ بِهِ، قَالَ: قَدْ هَلَكَ عِنْدِي مِنْهُ كَذًا  
وَكَذًا لِمَالٍ يُسَمِّيهِ، وَإِنَّمَا قُلْتُ لَكَ ذَلِكَ؛ لِكَيْ تَتْرُكَهُ عِنْدِي، قَالَ: لَا يَنْتَفِعُ بِإِنْكَارِهِ  
بَعْدَ إِقْرَارِهِ أَنَّهُ عِنْدَهُ، وَيُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ عَلَى نَفْسِهِ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ فِي هَلَاكِ ذَلِكَ الْمَالِ

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٧٥، وقال: خالفه الشافعي، والكوفيون، فقالوا:  
تباع في الوقت؛ لأن حصة رب المال في الربح كحصة العامل، فلكل واحد منهما أن ينقض  
القراض قبل العمل وبعده؛ لأنه ليس بعقد لازم لواحد منهما.

وقد خالف سحنون ابن القاسم في العامل بالقراض يبيع السلع بدين، ثم يأبى من تقاضى الثمن،  
ويسلم ذلك إلى ربه، ويرضى بذلك رب المال. فقال ابن القاسم: لا بأس بذلك، وهو بمنزلة  
العامل يموت ويسلم ورثته المال إلى ربه يتقاضاه على أنه لا شيء لهم من الربح. وأنكر ذلك  
سحنون، ولم يبين الوجه الذي كرهه.

بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَمْرٍ مَعْرُوفٍ أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ وَلَمْ يَنْفَعُهُ إنْكَارُهُ<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا لَوْ قَالَ: رَبِّحْتُ فِي الْمَالِ كَذَا وَكَذَا، فَسَأَلَهُ رَبُّ الْمَالِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ وَرَبِّحَهُ، فَقَالَ: مَا رَبِّحْتُ فِيهِ شَيْئًا، وَمَا قُلْتُ ذَلِكَ إِلَّا لِأَنْ تُقَرَّهُ فِي يَدِي، فَذَلِكَ لَا يَنْفَعُهُ وَيُؤْخَذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِأَمْرٍ يُعْرَفُ بِهِ قَوْلُهُ وَصِدْقُهُ، فَلَا يُلْزَمُهُ ذَلِكَ<sup>(٢)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه يؤخذ بإقراره أن المال باق عنده، وأنه قد ربح فيه، فإن ادعى بعد ذلك الخسارة أو ضياع المال، وأنه لم يربح شيئاً لم يقبل مجرد إنكاره، وأخذ بأول إقراره، فإن أتى بأمر يعرف به وجه ما ادعاه، وقامت له بذلك بينة، يريد ما ادعاه من الخسارة أو ضياع المال.

مسألة: ولو أنكر القراض جملة، فلما قامت عليه بينة ادعى رده إلى صاحبه، فقال عيسى عن ابن القاسم في العتبية: إن لم يأت بينة على الرد، وإلا غرم، وليس من ادعى الضياع مثل من ادعى القضاء. وفي سماع ابن القاسم: ليس له إلا يمينه ويبرأ.

مسألة: ومن ادعى الضياع بعد إنكار القبض، فقد روى عيسى: لا شيء عليه. وقال عيسى: يصدق، ويغرم، وبلغني ذلك عن مالك.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالًا قِرَاضًا، فَرَبِحَ فِيهِ رَبِيحًا، فَقَالَ الْعَامِلُ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنْ لِي الثَّلَاثِينَ، وَقَالَ صَاحِبُ الْمَالِ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَنْ لَكَ الثَّلَاثُ.

قَالَ مَالِكٌ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ، وَعَلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْيَمِينُ إِذَا كَانَ مَا قَالَ يُشَبِّهُ قِرَاضَ مِثْلِهِ، وَكَانَ ذَلِكَ نَحْوًا مِمَّا يَتَقَارَضُ عَلَيْهِ النَّاسُ، وَإِنْ جَاءَ بِأَمْرٍ يُسْتَنْكَرُ لَيْسَ عَلَى مِثْلِهِ يَتَقَارَضُ النَّاسُ لَمْ يُصَدَّقْ وَرُدَّ إِلَى قِرَاضِ مِثْلِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أنه إن ادعى كل واحد منهما أنه شرط لنفسه الثلاثين، فإن ذلك على أربعة أوجه، أحدهما: أن يكون ما يدعيه العامل قراض مثله دون صاحب المال. والثاني: أن يدعى كل واحد منهما ما يشبهه. والثالث: أن يدعى العامل ما لا

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٦/٢١.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٧/٢١.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٨/٢١.

كتاب القراض ..... ١٢٥  
يشبه قراض مثله، ويكون دعوى صاحب المال يشبهه. والرابع: أن يدعى كل واحد منهما ما لا يشبهه.

فإن ادعى العامل ما يشبهه، وادعى صاحب المال ما لا يشبهه، أو ادعى جميعاً ما يشبهه، فإن القول قول العامل مع يمينه؛ لأن المال فى يده، فكان أولى بما يدّعيه من ربحه.

مسألة: فإن ادعى صاحب المال ما يشبهه دون العامل، فالقول قول صاحب المال؛ لأن الظاهر شهد له، وإن ادعى كل واحد منهما ما لا يشبهه، رد إلى قراض المثل بعد أيمانهما، وهذا معنى قول مالك: فإن جاء بأمر يستنكر لم يصدق، ورد إلى قراض المثل.

مسألة: فإن قالوا: إن الربح على الثلث والثلثين، ولم يسميا لمن الثلثان حين العقد، ثم ادعى كل واحد منهما عند القسمة أن يكون له الثلثان، فلا يخلو أن يكون قراض مثلهما يشبه ما يدعيه العامل أو ما يدعيان جميعاً، فالقول قول العامل مع يمينه، إن ادعى أنه نوى ذلك على ما ذكره بعض المتأخرين من المغاربة. وقال ابن المواز: جعل الثلث للعامل منهما.

وجه القول الأول ما قدمناه أن العامل له اليد على ما تقدم.

وجه القول الثانى أن المال وربحه على ملك رب المال، وإنما يملك العامل حصته من الربح بالقسمة مع ما تقدم من رضى رب المال بذلك، وإذا لم يوجد رضاه إلا بالثلث، فالباقي ثابت على ملكه.

مسألة: فإن كان ما يدعيه رب المال يشبه قراض المثل دون ما يدعيه العامل، فعلى القول الأول يكون القول قوله مع يمينه، إن ادعى البيّنة. وعلى القول الثانى يكون له الثلثان دون يمين.

وإن ادعى كل واحد منهما ما لا يشبهه، فعلى القول الأول يخلقان، ويردان إلى قراض المثل. وعلى القول الثانى يردان إليه دون يمين.

قال القاضى أبو الوليد: والنية عندى غير مؤثرة فى هذه المسألة؛ لأن العامل إذا نوى أن يكون له الثلثان، ولم يشترط ذلك، ولم يبينه لم يكن له ذلك بنيته، وكذلك رب المال، وكان الأظهر عندى فى هذه المسألة أن يردا فى الوجوه كلها إلى قراض المثل بمنزلة أن يعقد القراض، ولا يذكرنا حصة أحدهما من الربح؛ لأنهما إذا لم يشترطا الثلثين لمعين، فقد عاد ذلك بجهالة من يستحقه، وأدى ذلك إلى أن يكون حصة كل

واحد منهما من الربح مجهولة، ولا معنى لاستحلاف أحدهما؛ لأن الثاني لا ينكر ما يدعيه، ولا يستحق بما يدعيه من النية شيئاً، فلا معنى لاستحلافه على تحقيقها، ولو صدقه صاحبه فيما يدعيه من ذلك، لم ينفعه.

قَالَ مَالِكٌ فِي رَجُلٍ أُعْطِيَ رَجُلًا مِائَةَ دِينَارٍ قِرَاضًا، فَاشْتَرَى بِهَا سِلْعَةً ثُمَّ ذَهَبَ لِيَدْفَعَ إِلَى رَبِّ السِّلْعَةِ الْمِائَةَ دِينَارٍ، فَوَجَدَهَا قَدْ سُْرِقَتْ، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بَعِ السِّلْعَةَ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ كَانَ لِي، وَإِنْ كَانَ فِيهَا نَقْصَانٌ كَانَ عَلَيْكَ؛ لِأَنَّكَ أَنْتَ ضَيَّعْتَ. وَقَالَ الْمُقَارِضُ: بَلْ عَلَيْكَ وَفَاءٌ حَقٌّ هَذَا، إِنَّمَا اشْتَرَيْتَهَا بِمَالِكَ الَّذِي أُعْطَيْتَنِي.

قَالَ مَالِكٌ: يَلْزِمُ الْعَامِلَ الْمُشْتَرِيَ أَدَاءَ ثَمَنِهَا إِلَى الْبَائِعِ، وَيُقَالُ لِصَاحِبِ الْمَالِ الْقِرَاضِ: إِنْ شِئْتَ، فَأَدِّ الْمِائَةَ الدِّينَارِ إِلَى الْمُقَارِضِ، وَالسِّلْعَةُ بَيْنَكُمَا، وَتَكُونُ قِرَاضًا عَلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ الْمِائَةُ الْأُولَى، وَإِنْ شِئْتَ، فَأَبْرَأْ مِنَ السِّلْعَةِ، فَإِنْ دَفَعَ الْمِائَةَ دِينَارٍ إِلَى الْعَامِلِ كَانَتْ قِرَاضًا عَلَى سُنَّةِ الْقِرَاضِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ أَبَى كَانَتْ السِّلْعَةُ لِلْعَامِلِ وَكَانَ عَلَيْهِ ثَمْنُهَا<sup>(١)</sup>.

الشرح: ومعنى ذلك أن العامل إذا أخذ المال قراضاً، فاشترى به سلعة، فلا يخلو أن يشتريها بدين أو ينقد، فإن اشتراها بدين للقرض، فإن ذلك ممنوع، أذن له في ذلك رب المال أو لم يأذن، فإن فعل ذلك العامل، ثم نقد فيها مال القراض، ففي كتاب محمد عن ابن القاسم: تقوم السلعة التي اشترى بدين بنقد، فيكون العامل بذلك شريكاً في المال.

قال محمد: لعله يريد في سلعة واحدة اشتراها بدين، ونقد فيها مال القراض، وإذا كان ما قاله محمد، فتبقى المسألة التي يستل عنها غير مجاوب عنها، وذلك أن من اشترى سلعة بدين بمائة قيمتها مائتان، فنقد فيها حين الأجل مائة من مال القراض، فأما على الرواية التي رواه ابن القاسم وعبد الرحمن عن مالك: أن العامل يضمن ما فضل من المائة دينار عن قيمة السلعة، والسلعة على القراض.

وعلى رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك: يقوم الدين، فينظر إلى قيمة المائة دينار المؤجلة، فما فضل عن المائة دينار النقد عن قيمة المائة المؤجلة، فعلى العامل.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٨٩/٢١.

كتاب القراض ..... ١٢٧

فرع: ولو باعها العامل قبل أن ينقد فيها فربح، فالظاهر من قول ابن القاسم أن الربح والوضيعة على العامل. قال: وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل في ذمته.

ومعنى ذلك أن هذه السلعة لم يتعلق ثمنها بذمة رب المال ولا بماله، فلم يكن له ربحها، ولما اختصت بذمة العامل وضمائه، كان له ربحها.

مسألة: وأما إن كان اشترى بنقد، فلم ينقد حتى تلف المال الذى بيده، فهذا الذى قال: أنه إذا قال له رب المال: بع السلعة، فإن كان فيها فضل، فهو لى، وإن كان نقصان، كان عليك لأنك ضيعت المال، فلا حجة لرب المال فى قوله: بع، وإن كان فيها ربح، فلى؛ لأن للعامل أن يقول: إذا تعلق ثمن السلعة بذمتى دون مالك، فلا حظ لك من الربح، ولا حجة للعامل فى قوله: إنما اشتريتها بمالك الذى أعطيتنى.

فإن لرب المال أن يقول: صدقت، فلا تطلب منى غيره، فأنتى لم آذن لك تتجر فى شىء من مالى غير ما دفعته إليك، فلا يجوز تصرفك فى غيره، وإذا طلبتنى بغرم ما نقص، فقد حولت تصرفك من مالى فى غير مال القراض.

فصل: وقول مالك: «ويلزم العامل المشتري أداء ثمنها على البائع» يحتمل معنيين، أحدهما: أن العهدة للبائع عليه، فليس له أن يطالب بسواه، وليس للعامل مخرج عن ما له عليه إلا بالأداء.

والثانى: أنه لا خيار له، وإنما الخيار لرب المال، وقد فسره بعد ذلك بقوله، ويقال لصاحب المال القراض: إن شئت، فأد المائة، يريد ثمن السلعة التى اشترى العامل بدين، فتكون السلعة على ما شرطت من القراض، وإن شئت، فابراً السلعة، يريد أن لا حظ لك فى ربحها، ولا شىء عليك من نقص ثمنها.

مسألة: ولو باع العامل السلعة قبل أن ينقد ثمنها، وقبل أن يتلف، فربح فيها، فقد قال ابن القاسم: الربح بينهما على ما شرطاه من القراض؛ لأنه للقراض اشترى.

ووجه ذلك ما أشار إليه من أنه إنما اشترى للقراض، وعلى أن ينقد منه، والمال الذى عول على النقد منه باق حين البيع، وظهور الربح، فكان البيع للقراض، والربح على شرطه.

قَالَ مَالِكٌ فِي الْمُتَقَارِضِينَ إِذَا تَفَاصَّلَا، فَبَقِيَ بِيَدِ الْعَامِلِ مِنَ الْمَتَاعِ الَّذِي يَعْمَلُ فِيهِ خَلْقُ الْقَرِيبَةِ أَوْ خَلْقُ الثَّوْبِ أَوْ مَا أَشَبَّ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكُ: كُلُّ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ كَانَ تَافِهُاً لَا خَطْبَ لَهُ، فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَلَمْ أَسْمَعْ أَحَدًا أَقْتَى بِرَدِّ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا يُرَدُّ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءُ الَّذِي لَهُ ثَمَنٌ، وَإِنْ كَانَ شَيْئاً لَهُ اسْمٌ مِثْلُ الدَّابَّةِ أَوْ الْجَمَلِ أَوْ الشَّاذِكُونَةِ أَوْ أَشْبَاهِ ذَلِكَ مِمَّا لَهُ ثَمَنٌ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يُرَدَّ مَا بَقِيَ عِنْدَهُ مِنْ هَذَا إِلَّا أَنْ يَتَحَلَّلَ صَاحِبُهُ مِنْ ذَلِكَ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن العامل إذا رد المال، وكان قد سافر سافراً اكتسب فيه، وتجهز من مال القراض، فإن ما بقي من جهازه وكسوته مما لا قيمة له للعامل. وقال ابن القاسم في العتبية: كخلق الجبة والقربة.

قال محمد: وكذلك الغرارة والأداة. قال سحنون: وما كان من الثياب تافهاً خلقاً، تركت له، وإن كان للثياب بال بيعت، ورد ثمنها في المال.

ومعنى ذلك أن مثل هذه المعاني تترك لمن كان له الانتفاع بها، كالرجل يطلق المرأة وعليها بقية كسوة، أو تكون حاملاً، فتضع، وعليها بقية كسوة فإذا كان الشيء الذي له بال رد إلى مستحقه، وإذا كان يسيراً لا قدر له، كان بيعاً لمن تعلق به من حقه، ألا ترى أن العامل لو عمل في المال عملاً يسيراً، لا يلزمه من نقل متاع أو عمل خفيف، لم يكن له فيه عوض، ولو عمل فيه الصنائع والرقوم، لكان له أجر عمله.

فصل: وقوله: «ما كان له ثمن، فإنني أرى أن يرد ما بقي عنده من هذا إلا أن يتحلل صاحبه من ذلك» يريد أن يعلمه بما بقي عنده، ويعلمه بصفته وقدره، فإن جعله رب المال في حل منه، ساغ له ذلك، وإلا رد إليه منه حقه، والله أعلم.

\* \* \*

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٩٠/٢١.

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كتاب الأقضية

### الترغيب فى القضاء بالحق

١٣٧٩ - مَالِك، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْخَنَ (١) بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ، فَلَا يَأْخُذْ مِنْهُ شَيْئًا، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ».

الشرح: قوله ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ» على معنى الإقرار على نفسه بصفة البشر من أنه لا يعلم الغيب، ولا يعلم المحق من الخصمين من المبطل، والإخبار بأن حاله فى ذلك حال غيره؛ لأنه لا يعلم من الغيب إلا ما اطلع عليه بالوحي.

ولما كانت الدنيا دار تكليف، وكانت الأحكام تجرى على ذلك، أجرى فى غالب

---

١٣٧٩ - أخرجه البخارى فى الأحكام ٧١٦٩. مسلم فى الأقضية ١٧١٣. الترمذى فى الأحكام

١٣٣٩. النسائى فى آداب القضاة ٥٣٩٩، ٥٤٢٠. أبو داود فى الأقضية ٣٥٨٣. ابن ماجه

فى الأحكام ٢٣١٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٩٥٢، ٢٦٠٧٨، ٢٦١٧٧.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٤٤/٨: هذا حديث لم يختلف عن مالك فى إسناده فيما علمت، ورواه كما رواه مالك سواء عن هشام بإسناده هذا جماعة من الأئمة الحفاظ، منهم: الثورى، وابن عيينة، والقطان، وغيرهم.

وقد رواه معمر، عن الزهرى، عن عروة، عن زينب بنت أبي سلمة، عن أم سلمة، عن النبى ﷺ. بمثل حديث هشام سواء، وقد روى هذا المعنى عن النبى ﷺ أبو هريرة كما روته أم سلمة.

(١) الخن: أى أبلغ وأعلم بالحجة.

١٣٠ ..... كتاب الأقضية  
أحكامه في هذا الوجه على أحوال سائر الحكام، ولذلك لم يقل في مسألة المتلاعنين  
أنه أعلم بالكاذب منهما، وقال: «يعلم الله أن أحكما كاذب، فهل منكما من  
تائب»<sup>(\*)</sup>.

فصل: وقوله: «إنكم تختصمون إلي» يريد والله أعلم تتنازعون في الأموال وغيرها  
تنازعاً يدعى كل واحد من الخصمين أنه أحق بها من صاحبه، فيخاصمه في ذلك إلى  
النبي ﷺ دون غيره، وهو ﷺ الحاكم في زمنه؛ لأنه إمام الأمة والمنفرد بالرئاسة الدينية  
والدنيوية، فلا يصح أن يحكم بين الناس إلا هو أو من قدمه لذلك.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر  
بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾. [النساء: ٦٥]،  
وقوله: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ [المائدة: ٤٩]. وقوله:  
﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [النساء: ١٠٥].  
وفي هذا بابان، أحدهما: في صفة القاضي، والثاني: في مجلسه وأدبه.

### الباب الأول في صفة القاضي

فأما صفاته في نفسه، فأحدهما أن يكون ذكراً بالغاً. والثانية: أن يكون واحداً  
مفرداً. والثالثة: أن يكون بصيراً. والرابعة: أن يكون مسلماً. والخامسة: أن يكون حراً.  
والسادسة: أن يكون عالماً. والسابعة: أن يكون عدلاً.

فأما اعتبار الذكورة، فحكى القاضي أبو محمد وغيره أنه مذهب مالك والشافعي.  
وقال أبو حنيفة: جوز وأن تلي المرأة القضاء في الأموال دون القصاص. وقال محمد بن  
الحسن ومحمد بن جرير الطبري: يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال.

ودليلنا ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»<sup>(\*)</sup>.

ودليلنا من جهة المعنى أنه أمر يتضمن فصل القضاء، فوجب أن تنافيه الأنوثة  
كالإمامة.

---

(\*) أخرجه البخاري حديث رقم ٥٣١٢، ٥٣٥٠. مسلم حديث رقم ١٤٩٣. النسائي في  
الصغرى حديث رقم ٣٤٧٦. أبو داود حديث رقم ٢٢٥٧. أحمد في المسند حديث رقم  
٤٥٧٣.

(\*) أخرجه البخاري حديث رقم ٤٤٢٥، ٧٠٩٩. الترمذي حديث رقم ٢٢٦٢. النسائي في  
الصغرى حديث رقم ٥٣٨٨. أحمد في المسند حديث رقم ١٩٨٨٩.



كتاب الأقضية ..... ١٣١

قال القاضي أبو الوليد: ويكفى في ذلك عندى عمل المسلمين من عهد النبى ﷺ لا نعلم أنه قدم لذلك فى عصر من الأعصار، ولا بلد من البلاد امرأة كما لم يقدم للإمامة امرأة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما كونه واحداً مفرداً، فمعناه أن لا يولى القضاء قاضيان فأكثر على وجه الاشتراك، فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر فى قضية، ولا قبول بينة، ولا انفراد بإنفاد حكم.

قال الشيخ أبو إسحاق فى زاهيه: والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم، فلا يجتمع اثنان، فيكونان جميعاً حاكماً فى قضية واحدة. وأما أن يستقضى فى البلد الحكام والقضاة، ينفرد كل واحد منهم بالنظر فى ما يرفع إليه من ذلك، فجائز.

والدليل على ذلك أن هذا إجماع الأمة؛ لأنه لم يختلف فى ذلك أحد من زمن النبى ﷺ إلى يومنا هذا، ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين فى زمن من الأزمان، ولا بلد من البلدان، وقد قام فى البلد الواحد عدد من الحكام، فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذى يرفع إليه لا يشركه فيه غيره.

ودليل آخر، وهو أن المذاهب مختلفة، والأغراض متباينة، ولا يصح أن يتفق رجلان فى كل شىء حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر.

وإذا أشرك بين الحاكمين، دعا لك إلى اختلافها فى المسائل، ويوقف نفوذهما كالإمامة، ولا يلزم على هذا الحكمان بين الزوجين، والحكمان فى جزاء الصيد؛ لأنهما يحكمان فى قضية واحدة، وليس بولاية، وإن اتفقا نفذ حكمهما، وإن اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما، فلم يكن فى ذلك مضرة، وهذا ينافى الولاية؛ لأن من ولى القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة، فيؤدى ذلك إلى توقف الأحكام، وامتناع نفوذها.

مسألة: وأما أن يكون بصيراً، فلا خلاف نعلمه بين المسلمين فى المنع من كون الأعمى حاكماً، وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى، وقد بلغنى ذلك عن مالك.

والدليل على صحة هذا القول أن فى تقديمه للقضاء تضييقاً على المسلمين فى طرق القضاء، وإنفاذ الأحكام، والحاكم مضطر إلى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلباً من مطالب الحق، والأعمى، وإن كان يميز الأصوات، فلا يميز إلا صوت من تكرر عليه صوته.

١٣٢ ..... كتاب الأقضية

وليس كل من يشهد عنده بشهادة ممن يتكرر عليه، فقد يشهد عنده بها من لم يسمع كلامه قبل هذا، ويزكى عنده في غير ذلك المجلس، فلا يعلم هل هذا المزكى عنده هو الذى زكى بالأمس أو غيره، وقد يجرح عنده بعد التزكية، فلا يدري هل هو ذلك الأول أو غيره، وقد يبقى على عدالته، فيتكرر عليه مرة ثانية من الغد فى شهادة أخرى، وقد غاب معدلوه، فلا يدري هل هو ذلك الأول.

وقد اختلف العلماء فى تولية القضاء الأمى، وهو يبصر ويميز، فكيف بالأعمى وأكثر العلماء لا يميز شهادته.

مسألة: وأما اعتبار إسلامه، فلا خلاف بين المسلمين فى ذلك. وأما اعتبار حرية، فقد قال القاضى أو محمد: لا خلاف فيه بين المسلمين.

وجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيدة، فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين؛ ولأنه ناقص الحرمه نقصاً يؤثر فى الإمامة كالمرأة.

مسألة: وأما اعتبار كونه عالماً، فلا خلاف فى ذلك مع وجود العالم العدل، والذى يحتاج إليه العلم أن يكون من أهل الاجتهاد، وقد بينا صفة المجتهد فى أصول الفقه.

وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: لا يستقضى من ليس بفقيه. وقال أشهب فى المجموعة ومطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الواضحة: لا يصلح أن يكون حديث لا فقه له، أو فقه لا حديث عنده، ولا يفتى إلا من كانت هذه صفته، إلا أن يخبر بشيء سمعه. ومعنى ذلك أن يكون قد جمع صفات المجتهدين.

والأصل فى ذلك قول الله تعالى: ﴿لَتبَيِّنَ لِّلنَّاسِ مَا نَزَلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [النحل: ٤٤]، فأعلم تعالى أن النبى ﷺ إذا بين للناس ما أنزل إليهم يتفكروا ويعتبروا، فإذا لم يكن عندهم تبين النبى ﷺ لما أنزل الله من الكتاب، لم يتمكن لهم التفكير فى أحكامه، وقد قال تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥]، ومن ليس من أهل الاجتهاد، فإنه لا يرى شيئاً.

وبذلك قال الفقهاء المتقدمون: إنه لا يفتى من لا يعرف ذلك، إلا أن يخبر بما سمع، فلم يجعل ذلك من باب الفتوى، وإنما هو إخبار عن فتوى صاحب المقالة عند الضرورة لعدم المجتهد الذى تجوز له الفتوى.

فرع: فإذا لم يوجد إلا عالم ليس بمرضى، أو رجل مرضى الحال غير العالم، فقد

كتاب الأقضية ..... ١٣٣

روى أصبغ: يستقضى العدل؛ لأنه يستشير أهل العلم، ويجتهد. قال ابن حبيب: إن لم يكن للرجل علم وورع، فعقل وورع؛ لأنه بالعقل يستل، وبالورع يعف، فإذا طلب العلم وجدته، وإذا طلب العقل، لم يجده.

مسألة: وأما اعتبار العدالة، فالظاهر من أقوال المسلمين أن العدالة شرط في صحة القضاء. وقال القاضي أبو الحسن: لا تنعقد الولاية للحاكم الفاسق، وإن طرأ الفسق بعد انعقادها، انفسخت ولايته. وفي النوادر من كتاب أصبغ: أنه يجوز حكم المسخوط ما لم يجر، وإن لم تجز شهادته.

وهذا مبني على أن ما يطرأ من الفسق لا يفسخ ولايته حتى يفسخها الإمام.

مسألة: وهل يعتبر في ذلك أن يكون سميحاً، لم أر فيه نصاً لأصحابنا.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندي أنه ممنوع لما يحتاج إليه من سماعه من دعوى الخصوم، وسماعه أداء الشهادة، وليس كل شاهد يمكنه أن يكتب شهادته، فيعرضها عليه، فمنهم من لا يكتب مع ما في ذلك من تضيق الحال على الناس، وتعذر سبيل الحكم، وذلك يجب أن يمنع منه.

مسألة: وهل يجوز أن يكون الأمي الذي لا يكتب حاكماً، وإن كان عالماً، لم أر فيه نصاً لأصحابنا، ولأصحاب الشافعي فيه وجهان أحدهما الجواز، والآخر المنع.

قال القاضي أبو الوليد: والأظهر عندي الجواز؛ لأن إمام المرسلين وأفضل الحكام كان لا يكتب.

ومن جهة المعنى أنه لا يحتاج إلى قراءة العقود، وينوب عنه في ذلك أهل العدل، وهذه حال من لا يكتب من الحكام، يقرأ عليه العقد في الأغلب، ويقيد عنه المقالات، ولا يباشر شيئاً من ذلك، وإن للمنع من ذلك وجهاً، لما فيه من تضيق طرق الحكومة، والنبي ﷺ معصوم، وليس غيره كذلك، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهل يستقضى ولد الزنا، قال سحنون: لا بأس أن يستقضى، ولا يحكم في حد زنا، قال: كما لا يحكم القاضي.

قال القاضي أبو الوليد: والأظهر عندي أن ذاك ممنوع؛ لأن القضاء موضع رفعه وطهارة أحوال، فلا يليها ولد الزنا كالإمامة الصلاة.

وروى ابن سحنون عن أبيه: يستقضى الفقير إذا كان أعلم من بالبلد وأرضاهم،

١٣٤ ..... كتاب الأقضية

ولكن لا ينبغي أن يجلس حتى يغنى، ويقضى عنه دينه، وهذا مما لا خلاف فى صحته؛ لأن الفقير ليس بمؤثر فى دينه، ولا علمه، ولكن يستحب أن تزال حاجته ليتفرغ للقضاء، وليكون أسلم له من مفارقه ما يخل بحاله.

مسألة: ويستقضى المحدود فى الزنا والقذف والمقطوع فى السرقة، إذا كان اليوم مرضياً، من كتاب أصبغ.

ووجه ذلك أن ما كان عليه مما يمنع ولايته، قد ظهر إقلاعه عنه كما لو كان كافراً، ثم حسن إسلامه.

فرع: وهل يحكم فيما حد فيه، جوز ذلك أصبغ، وفرق بينه وبين الشهادة، ومنع ذلك سحنون اعتباراً بالشهادة.

### الباب الثانى: فى مجلسه وأدبه

أما مجلس القاضى، فإنه ينبغي أن يكون فى المسجد، وكره الشافعى أن يكون فى المسجد. وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز. قال مالك: القضاء فى المسجد من الحق، والأمر القديم؛ لأنه يرضى بالدون من المجلس، ويصل إليه الضعيف والمرأة، ولا يحجب عنه أحد.

قال الشيخ أبو محمد: واحتج بعض أصحابنا فى ذلك بقوله تعالى: ﴿وَهَلْ أُمَّاكُ بَأْسَ الْخِصْمِ إِذَا تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ﴾ [ص: ٢١]، إلى قوله: ﴿فَاحْكُم بَيْنَنَا بِالْحَقِّ﴾ [ص: ٢٢]. وروى عن النبى ﷺ أنه قضى فى المسجد.

فرع: ويستحب أن يجلس من المسجد فى رحابه الخارجة، قال مالك: ليصل إليه اليهودى والنصرانى والخائض، قال: وحيثما جلس القاضى المأمون، أجزاءه. قال أشهب فى المجموعة: ولا بأس أن يقضى فى منزله، وحيث أحب، وأحب إلى أن يقضى حيث جماعة الناس، وفى المسجد الجامع.

قال سحنون: قال غيره: إلا أن يدخل عليه فى ذلك ضرر؛ لكثرة الناس حتى يشغله ذلك عن النظر والفهم، فليكن له موضع فى المسجد يحول بينه وبين من يشغله، واتخذ سحنون بيتاً فى المسجد، فكان يقعد فيه الناس.

مسألة: ولا ينبغي أن يقضى فى الطريق فى ممره إلى المسجد أو إلى غير، إلا أن يكون أمر عرض واستغيث إليه فيه، فلا بأس أن يأمر فيه وينهى.

كتاب الأقضية ..... ١٣٥

فأما الحكم الفاصل، فلا، قاله مطرف وابن الماجشون. قال أشهب في المجموعة: لا يقضى القاضى، وهو يمشى، وقال أيضاً: لا بأس أن يقضى، وهو يمشى، إذا لم يشغله ذلك، ولا بأس أن يقضى، وهو متكئ.

مسألة: ولا تقام الحدود فى المسجد، ولا الضرب الكثير إلا اليسير كالخمس أسواط والعشرة ونحوها، قاله مالك فى الموازية والمجموعة وكتاب ابن سحنون.

وروجه ذلك أن الحدود تباشر سيلان الدم، والتأثير فى الأجسام، والمساجد موضوعة للتأمين والرحمة، فيجب أن تنزه عن مثل هذا.

مسألة: قال مطرف وابن الماجشون: ويتخذ القاضى أوقاتاً يجلس فيها للناس على ما هو أرفق به وبالناس، وليس بالضيق عليه حتى يصير كالأجنبي، ولا ينبغي أن يجلس بين العشاءين ولا فى الأسحار، إلا أن يحدث فى تلك الأوقات، ويرفع إليه أمر لابد منه، فلا بأس أن يأمر فى تلك الساعة، وينهى، ويسجن.

وأما على وجه الحكم مما شخص فيه الخصوم، فلا. وقال أشهب فى المجموعة: ولا بأس أن يقضى بين المغرب والعشاء، فمعنى قول ابن الماجشون ومطرف أنه ليس عليه الجلوس ذلك الوقت، ولا إشخاص الخصوم عليه فى الأمور التى فيها إحضار الخصوم، وتقيد المقالات، وإحضار البيئات؛ لأنها أمور لا تقوت، ويلحق المطلوب بذلك المشقة فى الخروج عن العادة.

وأما الأمور التى يخاف فواتها، ويطرأ منها ذلك الوقت ما تدعو الضرورة إلى النظر فيه، يلزمه ذلك.

ومعنى قول أشهب، أنه أباح له النظر بين المغرب والعشاء؛ لأن ترك ذلك حق من حقوقه، فإذا أراد النظر ذلك الوقت، فذلك مباح له.

والقول الأول أظهر؛ لما فى ذلك من الضرر بما يدعى فى ذلك الوقت إلى ما لا يخاف فواته، وقد شرعت الآجال فى القضاء بالحقوق والإمهال، واستقصاء الحجج، وذلك ينافى القضاء بالليل، وفى وقت يشق نقل البيئات والتفريغ للإدلاء بالحجج، مع ما فى ذلك من الخروج عن العادة فى عمل القضاء، ولا يكاد يفعل ذلك إلا على وجه التضييق على المطلوب والمصارعة إلى الحكم للطالب.

مسألة: وليس عليه أن يتعب نفسه، فيقضى النهار كله، قاله فى المجموعة، قال فى

١٣٦ ..... كتاب الأقضية

العتبية. وليقعد للناس فى ساعات من النهار. وقال مالك فى الموازية: إني أخاف أن يكثر، فيخطئ. قال فى المجموعة: يكره للقاضى أن يقضى إذا دخله هم أو نعاس، أو ضجر شديد، وفى غير هذا الموضع، أو جوع يخاف على فهمه منه الإبطال أو التقصير.

وفى العتبية عن مالك: أنه ليقال لا يقضى القاضى وهو جائع، ولا يشبع جدًّا، فإن الغضب يحضر الجائع، والشبعان جدًّا يكون بطيئًا، إلا أن يكون الأمر الخفى الذى لا يضر به فى فهمه.

ووجه ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «لا يقضى القاضى، وهو غضبان» (\*) فكل حالة منعه من استيفاء حجج الخصوم كما يمنع الغضب، كان له حكمه فى المنع من ذلك، والله أعلم.

مسألة: وقوله: «ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضى له على نحو ما أسمع منه» يريد والله أعلم، أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج، وأهدى إلى إيراد ما يحتاج من ذلك، وأشد تبيينًا لما يحتج به. قال أبو عبيدة: اللحن، بفتح الحاء، الفطنة، واللحن بإسكان الحاء، الخطأ فى القول.

تعلق بعض أصحابنا بقول النبى ﷺ: «فأقضى له على نحو ما أسمع منه» فى أن القاضى لا يقضى بعلمه، وهذا التعلق ليس بالبين؛ لأنه لا يقضى القاضى بما سمع منه مع علمه بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه، ولا على قول من ينفيه.

فأما من يقول إنه يقضى بعلمه، فإنه ينفذ ما علمه، ولا ينظر إلى حجة الخصم، ولا إلى ما شهد به عنده مما يخالف ذلك. وأما من يمنع الحكم بعلمه، فإذا اقتضت حجته أو ما شهد به بينهما خلاف ما علمه من الأمر، امتنع من الحكم فى ذلك، وشهد عنده غيره بما فى علمه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمشهور من مذهب مالك أن الحاكم لا يحكم فى شىء أصلاً بعلمه، علمه قبل ولايته أو بعدها، فى مجلس حكم غيره فى حقوق الأدميين أو غيرها، قاله مالك، وابن القاسم وأشهب، قالوا: وكذلك ما وجد فى ديوانه من إقرار الخصوم مكتوبًا، وجوز ابن الماجشون وأصبغ وسحنون، أن يحكم الحاكم بعلمه، وبه قال أبو حنيفة والشافعى على اختلافهم فى تفصيل ذلك.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣١٦. مسلم حديث رقم ١٧١٧. الترمذى حديث رقم

١٣٣٤. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٥٤٠٦. أبو داود حديث رقم ٣٥٨٩. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٩٨٦٦.

كتاب الأقضية ..... ١٣٧

والدليل على ما نقوله قول الله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤]، فيقتضى العموم أن يجلد، وإن علم الحكم بصدقه. وما روى عن النبي ﷺ أنه قال في ملاعنة: «لو كنت راجعاً أحداً بغير بينة لرجمت هذه» (\*).

وقال عبدالله بن عباس: تلك امرأة كانت تظهر السوء. وأيضاً فإن النبي ﷺ لم يقتل المنافقين، وإن كان علم كفرهم لما انفرد بذلك.

ومن جهة المعنى أن الحاكم لما كان غير معصوم منع من الحكم بعلمه ليبعد عن التهمة وتعلق ابن الماجشون في ذلك بقوله ﷺ: «فأقضى له على نحو ما أسمع منه» فعلق القضاء بما يسمع.

وتأوله مالك، رحمه الله، على ما يسمع منه من اهتدائه إلى مواقع حجته وعجز الآخر عن إيراد ما يعتضد به، ولذلك قال في أول الكلام: «فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته» وأيضاً فإنه ﷺ قال: «فأقضى على نحو ما أسمع منه» وما علمه الحاكم ليس بموقوف على ما سمع ممن يقضى له، بل قد يعلم من حقوقه ما لا يسمعه منه، ويسمع منه ما لا يعلمه، وهو ﷺ إنما علق الحكم بما يسمع منه، فثبت بذلك، وبقوله: «فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض» أنه إنما يقضى له بما بينه في خصومته لمعرفته بمواقع حججه من الحقوق، والتي تلزم الحاكم القضاء له بها، ولعله غير مستحق لها.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون ومن تابعه من أصحابنا، فإنه إنما يحكم بعلمه فيما جرى بين المتخاصمين في مجلس نظره، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يحكم بعلمه في حقوق الآدميين، مما علمه بعد القضاء خاصة. وللشافعي في تجويزه ذلك على الإطلاق.

والدليل على ما نقوله أن هذا حكم بدعوى دون بينة ولا يمين، فوجب أن لا يصح؛ لأن الشرع إنما قدر الحكم بأحدهم.

فرع: وإذا قلنا لا يحكم بعلمه، فحكم بعلمه وسجل، فقد قال القاضي أبو الحسن: لا ينقض حكمه عند بعض أصحابنا.

---

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٥٣١٦. مسلم حديث رقم ١٤٩٧. أحمد في المسند حديث رقم ٣٠٩٦.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أنه ينقض حكمه.

فصل: وقوله: «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذن منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار» معناه والله أعلم، أن قضاءه له بشيء من حق أخيه لما سمع منه من إظهار حجة أوجبت له ذلك من دعوى باطل، عجز المحق عن إنكاره أو إنكار حق عجز المحق عن إثباته،

فإن ذلك لا يملكه من حكم له به، ولا يبيحه له، وإنما يعطيه قطعة من النار، يريد والله أعلم، قطعة من العذاب، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالِ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا﴾ [النساء: ١٠]، يعنى والله أعلم، ما يعذبون عليه بالنار، وقد يوصف الشيء بما يؤول إليه، ويكون سبباً له، ولذلك يوصف الشجاع بالموت. قال الشاعر.

يا أيها الراكب المزجى مطيته سائل بنى أسد ما هذه الصوت  
وقل لهم بادروا بالعذر والتمسوا وجهاً ينجيكم إنى أنا الموت  
فوصف نفسه بأنه الموت، يريد أنه سبب بشجاعته وقلة سلامته من يحاربه من الموت.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن حكم الحاكم لا يحل الحرام ولا يغيره عن حقيقته. مثال ذلك أن يقيم الرجل شأهذى زور بأن امرأة أجنبية زوجة له، فحكم الحاكم بذلك، فإنه لا يحل وطؤها خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن ذلك يحله.

والدليل على ذلك الحديث المتقدم: «فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذن منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من نار» وهذا يقتضى أنه إذا شهد له بزور بأن زوجاً طلق زوجته، وأن هذا تزوجها بعده، إنما يقطع له الحاكم بذلك قطعة من النار؛ أنه قد قضى له بحق هو لأخيه، والله أعلم.

١٣٨٠ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ اخْتَصَمَ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ وَيَهُودِيٌّ، فَرَأَى عُمَرُ أَنَّ الْحَقَّ لِلْيَهُودِيِّ، فَقَضَى لَهُ فَقَالَ لَهُ، الْيَهُودِيُّ: وَاللَّهِ لَقَدْ قُضِيَ بِالْحَقِّ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالْدَّرَّةِ، ثُمَّ قَالَ: وَمَا يُدْرِيكَ؟ فَقَالَ لَهُ الْيَهُودِيُّ: إِنَّا نَجِدُ أَنَّهُ لَيْسَ قَاضٍ يَقْضِي بِالْحَقِّ إِلَّا كَانَ عَنْ



كتاب الأفضية ..... ١٣٩

يَمِينِهِ مَلَكٌ، وَعَنْ شِمَالِهِ مَلَكٌ، يُسَدِّدَانِهِ وَيُوقِفَانِهِ لِلْحَقِّ، مَا دَامَ مَعَ الْحَقِّ، فَإِذَا تَرَكَ الْحَقَّ، عَرَجَا وَتَرَكَاهُ.

الشرح: قوله: «إن عمر اختصم إليه يهودى ومسلم، فقضى عمر لليهودى» لما رأى أن الحق له على حكم الإسلام؛ لأن كل حكم بين مسلم وكافر، وإنما يقضى فيه بحكم الإسلام؛ لأنه إنما عقدت لهم الذمة لتجرى عليهم أحكام الإسلام، إلا فيما يخصهم.

وأما إذا لم يكونوا ذمة، وكانوا أهل حرب، فإن أمكن الحكم بين المسلم وبينهم على حكم الإسلام نفذ، وإن تعذر ذلك، لم يخرج أمرهم على وجه الحكم، وذهب به إلى معنى الصلح.

مسألة: وأما أحكام أهل الكفر، فلا يخلو أن يكونا على دين واحد كيهوديين أو نصرانيين، أو يكونا على دينين مختلفين كيهودى ونصرانى، فإن كانا أهل دين واحد، فإنه لا تتعرض للحكم بينهما؛ لأن الذمة لما عقدت لهم على أن تجرى أحكامهم بينهم.

فإن رضياً جميعاً بحكم الإسلام، ولم يرضى أساقفتهم به، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يحكم بينهم إلا برضى الخصمين، ورضى أساقفتهم، فإن رضى الخصمان وأبى الأساقفة. أو رضى الأساقفة، وأبى ذلك أحد الخصمين، لم يحكم بينهما.

وفى كتاب ابن عبدالحكم: أنه إن رضى الحاكم حكم بينهما، وإن أبى ذلك أحدهما طالباً أو مطلوباً، لم يعرض لهما، فإن اتفقا على الرضى بذلك، فإن الحاكم خير بين أن يترك الحكم، وبين أن يحكم بينهم بحكم الإسلام.

والأصل فى ذلك قول تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المائدة: ٤٢].

وأما إن كانا على دينين مختلفين، ففي النوادر، قال يحيى بن عمر: يحكم بينهما، وإن كره ذلك أحدهما لاختلاف ملتيهما.

مسألة: وهذا فى طريقة التخاصم، والتطالب بالحقوق التى سلمت برضى الطالب لهما، وأما ما كان من التظالم كالغصب وقطاع الطريق والسرقة: فإن حكم المسلمين

١٤٠ ..... كتاب الأفضية  
حكم الإسلام، وسواء كانا مسلمين أو كافرين، على ملة واحدة أو ملتين، أو أحدهما  
مسلم والآخر كافر، وهو كله قول مالك فى كتاب ابن عبدالحكم وغيره، والله أعلم  
وأحكم.

فصل: وقول اليهودى لعمر: «لقد قضيت بالحق» يحتمل أن يريد، لقد قضيت لى بما  
هو حق لى عليه، ويحتمل أن يريد به لقد قصدت الحق فى حكمك هذا، ويحتمل أن  
يريد لقد قضيت بالحق على حكم التوراة، والله أعلم وأحكم.

فصل: وضربه اليهودى لما قال له: «والله لقد قضيت بالحق» وقوله: «وما يدريك؟»  
يحتمل أن يكون عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم بينهما باجتهاده فيما لا نص  
عنده يعتقد أن طريق ذلك غلبة الظن دون القطع والعلم.

ولذلك قال له: «وما يدريك» يريد ما يدريك أنه كما حلفت عليه، وقطعت به،  
فأنكر على اليهودى الحلف على ذلك، وذلك يقتضى ضربه وعقوبته؛ لأن من حلف  
على القطع فى أمر يظنه استحق العقوبة، لاسيما وقد تكون القضية صحيحة، لكنها فى  
الباطن غير صحيحة.

لأن أحد الخصمين ألحن بحجته من الآخر كما قال النبى ﷺ: «فمن قضيت له  
بشئ من حق أخيه، فلا يأخذن منه، فإنما أقطع له قطعة من النار» (\*) ويحتمل أن يكون  
ضربه لما حلف على شئ لا يعرفه، ولا يعلم هو مقتضى تلك القضية فى شرع  
المسلمين، لاسيما إن كانت ممن لم يتكرر، ولم يتقدم فيها حكم، إنما شرعت باجتهاد  
أئمة المسلمين فيها.

ويحتمل أن يكون ضربه لما فهم منه أنه أقسم على أنه قصد الحق لحكمه، فأنكر عليه  
أن يحلف على باطنه ومعتقده، وإن كان قد صادف الحق فى يمينه هذه، ويحتمل أن  
يكون ضربه لما اعتقد أنه قصد بذلك التزكية له والإطراء لما حكم له لما جبل عليه  
اليهود من المكر والخلافة، فأنكر عليه ذلك وأدبه على ما بادر إليه منه، وظن أنه يجوز  
عليه ليزجر الحكام من سلك معهم هذا السبيل.

فصل: وقول اليهودى: «إنا نجد أنه ليس قاض يقضى بالحق إلا كان عن يمينه ملك

---

(\*) أخرجه البخارى فى الأحكام ٧١٦٩. مسلم فى الأفضية ١٧١٣. الترمذى فى الأحكام  
١٣٣٩. النسائى فى آداب القضاة ٥٣٩٩، ٥٤٢٠. أبو داود فى الأفضية ٣٥٨٣. ابن ماجه  
فى الأحكام ٢٣١٧. أحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٥٩٥٢، ٢٦٠٧٨، ٢٦١٧٧.

وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق ما دام مع الحق، فإذا ترك الحق عرجا وتركاه» ويحتمل أن يريد به اليهودى أنه يقطع بأن الحق له، وأنه ممن قد شاهد الحكم بمثله بين المسلمين، أو أنه من الحقوق التى لا تختلف فيها الشرائع، فاستدل على اجتهاد عمر وقصده الحق بأن حكم له بما يعرف هو أنه حقه، وعلم ذلك بما زعم أنه يجده فى كتبهم من أن الحاكم إذا قضى بالحق، يريد قصده وبينه بحكمه، كان معه ملكان يسددانه إليه، وأنه إن زاع عن ذلك عرجًا وتركاه، فلا يوفق للحق، فأمسك عنه عمر بعد ذلك، إما تصديقًا له، وإما أنه قد بلغ من أدبه ما أقنعه، وما قاله اليهودى لا يبعد، وقد قال الله تعالى: ﴿وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَن يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة: ٤٩].

وقد روى فى هذا المعنى حديثًا ليس بذلك أبو عيسى الترمذى، أخبرنا عبد القدوس ابن محمد العطار، أخبرنا عمرو بن عاصم، أخبرنا عمر، عن أبى إسحاق الشيبانى عن ابن أبى أوفى، قال: قال رسول الله ﷺ: «اللَّهُ مع القاضى ما لم يجز، فإذا جاز، تخلى عنه، ولزمه الشيطان»<sup>(\*)</sup>.

\* \* \*

### ما جاء فى الشهادات

١٣٨١ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عُثْمَانَ، عَنْ أَبِي عَمْرَةَ<sup>(١)</sup> الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ زَيْدِ بْنِ

(\*) أخرجه الترمذى فى كتاب الأحكام حديث رقم ١٣٣٠. ابن ماجه فى كتاب الأحكام حديث رقم ٢٣١٢.

١٣٨١ - أخرجه مسلم فى الأقضية ١٧١٩. الترمذى فى الشهادات ٢٢٩٥، ٢٢٩٧. أبو داود فى الأقضية ٣٥٩٦. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣٦٤. أحمد فى مسند الشاميين ١٦٥٩٢، ١٦٥٩٩، مسند الأنصار ٢١١٦٥. البيهقى فى السنن ١٥٩/١٠، عن زيد بن خالد. البغوى فى شرح السنة ١٣٨/١٠، عن زيد بن خالد. الطبرانى فى الكبير ٢٦٥/٥، عن زيد بن خالد. (١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٥٠/٨: هكذا قال يحيى، عن مالك فى إسناد هذا الحديث، عن أبى عمرة الأنصارى، وكذلك قال فيه عن مالك بن القاسم، وأبى مصعب الزهرى، ومصعب الزيرى. وقال القعنبي، ومعن بن عيسى، وسعيد بن عفير، ويحيى بن عبد الله بن بكير، عن مالك بإسناده: ابن أبى عمرة، وكذلك قال ابن وهب، وعبد الرزاق إلا أنهما سمياه، قالوا: عبد الرحمن بن أبى عمرة.

١٤٢ ..... كتاب الأقضية

خَالِدِ الْجُهَنِيِّ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِخَيْرِ الشُّهَدَاءِ، الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ، أَوْ يُخْبِرُ بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ».

الشرح: قال مالك في المجموعة وغيرها: ومعنى هذا الحديث أن يكون عند الشاهد شهادة لرجل لا يعلم بها، فيخبره بها، ويؤديها له عند الحاكم، وذلك أن المشهود به على ضريين، ضرب هو حق لله، وضرب هو حق للآدميين.

فأما ما كان حقاً لله تعالى، فعلى قسمين، قسم لا يستند فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر. زاد أصبغ: والسرقه، فهذا ترك الشهادة به للستر جائز.

والأصل في ذلك قول النبي ﷺ لهزال: «هلا سترته بردائك» (\*) ولو أن الإمام علم بذلك، فقد قال ابن القاسم في المجموعة: يكتمونه الشهادة، ولا يشهدوا بها إلا في تخرجه إن شهد على أحد.

مسألة: والقسم الثاني ما يستند فيه التحريم كالطلاق والعق والأحباس والصدقات والهبات لمن ليس له إسقاط حقه، والمساجد والقناطر والطرق، فهذا على الشهادات يقوم الشاهد فيها، ويؤديها متى رأى ارتكاب المحذور بها، وللشاهد في ذلك حالان، حال يعلم أن غيره يقوم بهذه الشهادة، ويشاركه فيها، وحال لا يعلم ذلك فيها.

فإن علم أن غيره يقوم بها، فإنه يستحب له أن يبادر بأدائها ليحصل له أجر اقيام، وليقوى أمرها لكثرة عدد من يقوم بها، ولأن في قيام العدد الكثير بها ردعاً لأهل الباطل، وإرهاها عليهم، ويصح أن يتناول هذا عموم قوله ﷺ: «خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها» (\*) ويكون معنى الإيتان بها، أدائها عند الحاكم.

مسألة: فإن بين له أن غيره قد ترك القيام بها، أو لم يكن من يقوم بها غيره تعين عليه القيام بها لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، وقوله: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، ولأن القيام بالشهادة من فروض الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز، فإذا قام بها بعض الناس، سقط فرضها عن سائر الناس، وإذا ترك القيام بها جميعهم، أثموا كلهم إذا كان الحق مجتمعاً عليه، وبالله التوفيق.

(\*) أخرجه مالك في الموطأ حديث رقم ١٥٥٣، وسيأتي تخرجه في كتاب الحدود.

(\*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٩. الترمذى حديث رقم ٢٢٩٥. أبو داود حديث رقم

٣٥٩٦. أحمد في المسند حديث رقم ١٦٥٩٢.

**فصل:** وأما الضرب الثاني، وهو حق الآدميين، فإنه إن كان يجوز له إسقاطه مثل أن يرى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله، فروى ابن القاسم فى العتبية: أن ذلك جرحه فى الشاهد حين رأى ذلك، ولم يعلم بعلمهم فيه. قال غيره فى المجموعة: وهذا إذا كان المشهود له غائباً أو حاضراً لا يعلم، وأما إن كان حاضراً، فهو كالإقرار.

وقال ابن سحنون عن أبيه: إنما ذلك فيما كان من حق الله تعالى، أو كان الشاهد القيام به، وإن كذب المشهود له كالحالة والطلاق. وأما العروض والحيوان والرابع، فلا يبطل ذلك شهادته؛ لأن صاحب الحق إن كان حاضراً، فهو أضاع حقه، وإن كان غائباً، فليس للشاهد شهادة.

**وقال القاضى أبو الوليد:** وهذا عندى إنما يكون جرحه فى الشاهد، إذا علم أنه إذا علم كتمها، ولم يعلم بها، بطل الحق، فكتم ذلك حتى صولح على أقل مما يجب، أو حتى نالته بكتمان شهادته معرة، ودخلت عليه مضرة، فعلم ضرورته إلى شهادته، ولم يقم بها حتى دخلت عليه مضرة بكتمانها إياها، فهي جرحه فى شهادته. وأما على غير هذا الوجه، فلا يلزمه القيام بها؛ لأنه لا يدرى لعل صاحب الحق قد تركه.

**فصل:** وقوله ﷺ: «الذى يأتى شهادته قبل أن يسألها» قد تقدم من تأويل مالك فى ذلك ما بسطنا القول فيه، ويحتمل قوله: «يأتى بها» أن يأتى بها إلى صاحب الحق، فيخبره به من غير أن يعلم بذلك صاحب الحق، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو إسحاق.

ويحتمل أن يريد بذلك أنه يأتى لأدائها قبل أن يسألها، بمعنى أنه إذا سئل أداها بادر، فأسرع إليه، ولم يحوج إلى تكرار السؤال كما يقال فلان يعطيك قبل أن تسأله، ويحييك قبل أن تسأله، يريدون بذلك سرعة عطائه وسرعة جوابه، ولا يصح أن يريد بذلك أن يأتى بها الحاكم، فيؤديها عنده قبل أن يسأله صاحب الحق إياها؛ لأن الحاكم لا يسمعها منه، إذا لم يقم صاحب الحق بها.

وأما ما ورى عن النبى ﷺ أنه قال: «خيركم قرنى، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يأتى قوم يشهدون ولا يستشهدون»<sup>(\*)</sup>.

وقد قال إبراهيم النخعى: إن معنى الشهادة فى الحديث: اليمين، يريد أنه يحلف قبل أن يستحلف.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٥١. مسلم حديث رقم ٢٥٣٥. الترمذى حديث رقم

٢٣٠٢. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٨٠٩. أبو داود حديث رقم ٤٦٥٧. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٩٣١٩.

١٣٨٢ - مَالِك عَنْ رَبِيعَةَ بْنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْعِرَاقِ، فَقَالَ: لَقَدْ جِئْتُكَ لِأَمْرٍ مَا لَهُ رَأْسٌ وَلَا ذَنْبٌ، فَقَالَ عُمَرُ: مَا هُوَ؟ قَالَ: شَهَادَاتُ الزُّورِ، ظَهَرْتُ بِأَرْضِنَا، فَقَالَ عُمَرُ: أَوْ قَدْ كَانَ ذَلِكَ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ، لَا يُؤَسِّرُ رَجُلٌ فِي الْإِسْلَامِ بِغَيْرِ الْعُدُولِ.

الشرح: قوله: «جئتك بأمر ما له رأس ولا ذنب» معناه ليس له أول ولا آخر، هذا مما تستعمله العرب على وجهين، أحدهما: يريدون به الكثرة، فيقول: هذا جنس لا أول له ولا آخر، إذا أخبرت عن كثرتة. الوجه الثاني: يريد به الأمر المبهم الذي لا يعرف وجهه، ولا يهتدى لإصلاحه، فيقال: وليس لهذا أمر أول ولا آخر، بمعنى أنه مبهم، ليس له وجه يتناول منه، وهذا الحديث يحتمل الوجهين جميعاً، فيحتمل أن يريد به الكثرة في كثرة شهود الزور، وأن يريد به عظم الفساد بهذا الأمر حتى لا يهتدى لإصلاحه.

فصل: وقوله: «شهادة الزور ظهرت بأرضنا» يريد الشهادة بالباطل، ظهرت بأرضهم، بعد أن لم تكن ولو كانت بأرضهم قديماً لم يصفها الآن بالظهور، وإنما كان يصفها بالدوام أو بالبقاء والتزايد، وشهادة الزور من الكبائر.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا﴾. [الفرقان: ٧٢]. وما روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً، قالوا: بلى، يا رسول الله، قال: الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، وجلس، وكان متكئاً، ألا وقول الزور، فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت»<sup>(\*)</sup>.

فصل: وقول عمر: «أو قد كان ذلك» دليل على أنه أمر لم يتقدم علمه به ولا عهده بذلك البلد قبل إخبار هذا المخبر، وذلك أن جميع الصحابة، ومن آمن بالنبي ﷺ في زمنه، ورآه وكانوا عدولاً بتعديل الله إياهم وإخباره أنهم خير أمة أخرجت للناس، وقوله تعالى: ﴿مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ وَالَّذِينَ مَعَهُ أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رِحَاءٌ بَيْنَهُمْ تَرَاهُمْ

١٣٨٢ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٦٦. ابن حزم في المحلى ٩/٣٩٤. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٩١.

(\*) أخرجه البخاري في صحيح حديث رقم ٢٦٥٤. مسلم حديث رقم ٨٧. الترمذي حديث رقم ١٩٠١، وقال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

ركعًا سجدًا يبتغون فضلاً من الله ورضواناً سماهم في وجوههم من أثر السجود ﴿٢٩﴾  
[الفتح: ٢٩].

وبهذا كان التعديل في حياة النبي ﷺ، يبين ذلك ما روى عن عبدالله بن عتبة قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: إن ناسا كانوا يأخذون بالوحي في عهد رسول الله ﷺ وإن الوحي قد انقطع، وإنما نواخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم، فمن أظهر لنا خيراً أمناه وقربناه، وليس لنا من سريره شيء، الله يحاسبه في سريره، ومن أظهر لنا شراً، لم نؤمنه، ولم نصدق، وإن كانت سريره حسنة.

فلما كان هذا حكم الصحابة كان الأمر في زمن النبي ﷺ وأبى بكر وصدرًا من زمن عمر على أن كل مسلم عدل؛ لأنه لم يكن في المسلمين غير صحابي، وهم عدول، فلما أخبر عمر بما أحدث من ذلك، قال: أو قد كان ذلك؛ لأنه قد كان يظن الأمر على ما عهد، فلما أخبر أنه قد كان قال: «والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول».

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن ثبت على شاهد أنه شهد بزور، فإن كان نسيان وغفلة، فلا شيء عليه، ومن كثر منه ذلك، ردت شهادته، ولم يحكم بها لفسقه.

فأما من ثبت عليه أنه يعتمد ذلك، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يقر بتعمد ذلك. والثاني: أن يرجع عن شهادته بعد أدائها، فأما إن أقر بتعمد شهادة الزور، فإنه يعاقب.

وروى ابن وهب عن مالك أنه يجلد. قال ابن الماجشون: يضرب بالسوط. قال ابن القاسم: يضربه القاضي قدر ما يرى. وقال ابن كنانة: يكشف عن ظهره. قال ابن عبدالحكم: يضرب ضرباً موجعاً.

فروع: وروى ابن وهب عن مالك: أنه يطاف به ويشهر. وقال ابن الماجشون: يطاف به في الأسواق والجماعات. وقال ابن عبدالحكم: يشهر في المساجد والحلق. قال ابن القاسم: في مجالس المسجد الأعظم. وروى ابن المواز وغيره عن مالك: يسجن. وروى مطرف عن مالك: ولا أرى الحلق والتسخيم.

فروع: وهل تقبل شهادته إذا تاب، روى ابن المواز عن أشهب عن مالك: لا تقبل شهادته أبداً. زاد عنه ابن نافع: وإن تاب. وهي رواية ابن القاسم في المدونة: وروى على عن ابن القاسم في الموازية: تقبل شهادته إذا تاب، وأظنه لمالك.

وجه رواية أشهب وابن نافع أنه مما يسر ولا طريق إلى معرفة صلاح حاله.

وجه الرواية الثانية أن هذا نوع فسق، فلا يمنع قبول الشهادة بعد التوبة كالقذف.

فرع: فإذا قلنا، تقبل شهادته إذا تاب، فبأى شيء تعرف توبته؟ قال ابن المواز: تعرف بالصلاح والدؤب في الخير، وقد أشار إليه ابن الماجشون.

وجه ذلك أن حاله الأولى كانت حال عدالة في الظاهر، وقد وقع منه معها ما دل على أنها غير عدالة، فلا تثبت له توبة إلا بزيادة خير على ما كان عليه عند وجود شهادة الزور منه كالقاذف إذا كان عدلاً حين قذف.

فصل: وقول عمر: «والله لا يؤسر رجل في الإسلام بغير العدول» قيل معناه لا يجلس، والأسر الحبس، ويحتمل أن يريد به لا يملك ملك الأسر، إقامة الحقوق عليه إلا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل من غيرهم، فمن لم يكن من الصحابة، ولم تعرف عدالته، لم تقبل شهادته، وهذا مذهب مالك والشافعي.

وقال أبو حنيفة: مجرد الإسلام يقتضى العدالة، فكل من أظهر الإسلام، حكم له بالعدالة، وقبلت شهادته حتى يعرف فسقه.

وحكى عنه أبو بكر الرازى أن ذلك إلى زمن أبى حنيفة؛ لأن القرن الثالث آخر القرون التى أثنى عليها رسول الله ﷺ، وأما من بعد القرن الثالث، فلا يكفى فى عدالتهم مجرد الإسلام.

والدليل على ما نقوله: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَى عَدْلِ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وهذا شرط اعتبار الرضى والعدالة، وذلك معنى يزيد على الإسلام أو على إظهاره.

ودليلنا من جهة القياس أن العدالة لما كانت شرطاً فى صحة الشهادة كان الجهل بوجودها مثل العلم بعدمها كالإسلام. وقد روى عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبى موسى الأشعرى: أن المسلمين عدول بعضهم على بعض، يحتمل أن يكون ذلك قبل أن يبلغه ما بلغ، ويحتمل أن يكون معنى أن الإسلام شرط فى العدالة، وأنه لا يقبل أحد غيرهم؛ لأنه محال أن يريد به قبول شهادة مسلم، علم منه فسق، والله أعلم.

مسألة: وللشاهد صفات لا يجوز أن يعرى منها: أن يكون بالغاً، عاقلاً



مسلمًا، عدلاً، عارفاً بالشهادة، وصفة تحملها التي يجوز معها إقامتها متحرزا فيها.

وإنما شرطنا البلوغ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وهذه ضفة البالغ المكلف؛ لأن الأمر والنهي لا يتوجه إلا إليه.

ومن جهة المعنى أن الشاهد إنما يجب أن يكون ممن يخاف، ويتحرج من الإثم، فيشهد بالحق، ويتوقى الباطل، والصغير لا يأثم بشيء، ولا يخاف عقوبة، فلا شيء يردعه من كتمان الحق، والشهادة بالباطل، وإنما شرطنا العقل؛ لأن عدمه معنى ينافي التكليف كالصغير.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية في ابن خمس عشرة سنة، لم يحتلم: لا تجوز شهادته، إلا أن يحتلم، أو يبلغ ثمان عشرة سنة، فتجوز شهادته. وقال ابن وهب: تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة، وإن لم يحتلم.

وجه قول ابن القاسم أن هذا لم يحتلم، ولا بلغ السن الذي لا يبلغه غالباً إلا يحتلم، فأشبه ابن عشرة أعوام؛ لأن الخمس عشر سنة قد يبلغها من لا يحتلم.

واحتج ابن وهب في ذلك بأن النبي ﷺ أجاز ابن عمر، وهو ابن خمس عشرة سنة<sup>(\*)</sup>.

قال ابن عبدالحكم وغيره في غير العتبية: إنما أجاز له لما رآه مطبقاً للقتال، ولم يسأله عن سنه، وليس في هذا دليل على أنه حد للبلوغ.

مسألة: وإنما شرطنا الحرية خلافاً لمن قال: شهادة العبد مقبولة؛ لأن الرق نقص يمنع الميراث، فنافي الشهادة كالكفر.

مسألة: وإنما شرطنا الإسلام خلافاً لمن جوز شهادة الكفار على المسلم في الوصية حال السفر، وإلا كانوا مجوساً لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولقوله: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولم يخص سفرًا من حضر.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٦٤. مسلم حديث رقم ١٨٦٨. الترمذى حديث رقم ١٧١١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٤٣١. أبو داود حديث رقم ٤٤٠٦. ابن ماجه حديث رقم ٢٥٤٣. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٦٤٧. عن ابن عمر، ولفظه: «أن رسول الله ﷺ عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى، ثم عرضنى يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى».

والدليل على ما نقوله أن هذه حالة من أحوال الإنسان، فلم تجز فيها شهادة الذمي على المسلم كحال الإمامة.

وأما تعلقهم بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخرون من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتب شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين فإن عثر على أنهما استحقا إثماً فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا إنا إذا لمن الظالمين ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيماناً﴾ [المائدة: ١٠٧].

قالوا: فوجه الدليل من ذلك ما روى عن ابن عباس أنه قال: خرج رجل من بنى سهم مع تميم الداري وعدى بن بداء، فمات السهمى بأرض بيد، ليس فيها مسلم، فلما قدما فقدوا جاماً من فضة مخوص بذهب، فأحلفهما رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجاه بمكة، فقالوا: ابتغناه من تميم وعدى، فقام رجلان من أوليائه، فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما، وأن الجاه لصاحبهم.

قال ابن عباس: وفيهم نزلت هذه الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حضر أحدكم الموت﴾ [المائدة: ١٠٦]<sup>(\*)</sup>. والجواب أن الآية لا تتضمن شيئاً مما ذكرتم.

وقد قال الحسن البصري: إن معنى قوله تعالى: ﴿ذوا عدل منكم﴾ [المائدة: ٩٥] يريدون قبيلكم ﴿أو آخرون من غيركم﴾ [المائدة: ١٠٦] يريد من غير الإسلام، فلا يكونان شهيدين، ويكون حكمهما ما تضمنته الآية من استحلافهما.

وجواب ثالث، وهو أن سبب نزول هذه الآية، وما ذكر في ذلك عن ابن عباس ينافي الشهادة، ولذلك استحلفوا، ولو كانوا شهوداً لم يستحلفوا؛ لأنه لا خلاف في أن الشاهد لا تجب عليه يمين، وإنما يستحلف من ادعى عليه حق.

ولذلك روى عن مجاهد أنه قال: معنى الآية أن يموت الرجل، فيحضر موته مسلمان أو كافران، لا يحضره غيرهما، فإن رضى ورثته ما غاب عليه من التركة، فذلك،

(\*) أخرجه البخاري حديث رقم ٢٧٨٠. الترمذي حديث رقم ٣٠٥٩، ٣٠٦٠. أبو داود حديث رقم ٣٦٠٦.

كتاب الأقضية ..... ١٤٩

ويحلف الشاهدان أنهما لصادقان، فإن غيرا ووجد لطح أو لبس أو شبه حلف الأوليان من الورثة، واستحقا، وأبطلا إيمان الشاهدين، وقد يسمى الحالف شاهداً، ويقول الحالف: أشهد بالله.

ولذلك روى عن النخعي: كانوا يضربوننا على الشهادة والعهد يعنى على اليمين هلى هذا الوجه.

فرع: ولا تجوز شهادة الذمى خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: إن ذلك جائز. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ والعدالة تنافى الكفر. ودليلنا من جهة القياس أن من لا تجوز شهادته على مسلم، لم تجز شهادته على كافر كالمجوسى والحربى.

مسألة: ولا تجوز شهادة الفاسق؛ لأن من شرط الشهادة العدالة لما تقدم، وإنما يراعى فى هذه الصفات وقت الأداء لا وقت التحمل، فلو تحمل الشهادة، وهو صغير عبد كافر، ثم أداها بعد أن أسلم، وبلغ وأعتق، وكملت له صفات الشهادة، قبلت شهادته، ولو تحملها فى حال عدالة، ثم أداها فى حال فسق، لم تقبل شهادته.

وكذلك لو أشهدوا على شهادته فى حال فسقه، ثم أداها من علمها عنه بعد أن بلغ العدالة ثم تصح شهادتهم؛ لأن الاعتبار فى ذلك بصفاتهم وقت إشهارة على شهادته، قال ذلك سحنون، قال: وهو قياس مالك وأصحابه.

فرع: ولو شهد الشاهدان بها عند الحكم، فردها لمعنى من هذه المعانى، ثم زال من ذلك المعنى، لم يصح أداؤها لهما، ولو أداها، لم يجز للحاكم الحكم بها، هذا قول مالك والشافعى. وقال الحكم بن عينية: إن ردت شهادته لصغر أوراق أو كفر، قبلت بعد ذلك، وإن ردت لفسق أو تهمة، لم تقبل بعد ذلك، مثل أن يشهد لزوجته بشهادة، فترد، ثم يطلققتها، فإنه لا يقبل لها فى تلك الشهادة، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على ما نقوله أن هذا ردت شهادته لمعنى فيه أوجب ردها، فلم يجز قبوله فيها، وإن زالت ذلك المعنى كالفسق.

مسألة: وإنما شرطنا أن يكون عالماً بتحمل الشهادة؛ لأنه من لم يكن عنده علم لتحملها، لم يؤمن عليه الغلط فيها، وترك ما هو شرط فى صحتها، وإنما شرطنا أن يكون متحرراً فيها؛ لأن من لم يكن متحرراً، لم يؤمن عليه التخيل من أهل التخيل، فيشهد بالباطل، ولم يعلم.

١٥٠ ..... كتاب الأقضية

مسألة: وهل من شرطه، أن لا يكون مولى عليه، روى أشهب عن مالك فى العتبية والمجموعة: إن شهادة المولى عليه تجوز، إن كان عدلاً. قال ابن المواز: وهذه رواية ابن عبدالحكم.

وقال أشهب: لا تجوز شهادته، وإن كان مثله لو طلب ماله أخذه. قال ابن المواز: وهو أحب إلى. قال: ولا تجوز شهادة البكر فى المال حتى تعنس، وإن كانت من أهل العدل.

وجه القول الأول قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولم يفرق بين المولى وغيره، وإنما الولاية عليه لقلة معرفته بحفظ المال وتميزه، وذلك لا يمنع قبول شهادته مع العدالة.

وجه القول الثانى أن من شرط الشاهد أن يعرف التحرز، فإذا لم يكن من أهل التحرز فى حفظ ماله، ولا يوثق به فى ذلك، فبأن لا يوثق به فى أداء شهادته أولى.

فصل: إذا ثبت ذلك، فالشهود على ثلاثة أقسام، قسم يعرف الحاكم عدالته، وقسم يعرف فسقه، وقسم يجهل أمره.

فأما القسم الأول، وهو من يعرف عدالته، فيجب على الحاكم الحكم بشهادته، إن لم يكن للمحكوم عليه مدفع فيها. قال سحنون فى العتبية: وذلك مثل الرجل المشهور بالعدالة، وعند الحاكم من معرفته مثل ما عند من يعدله، فهذا الذى على الحاكم أن يقبله.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إذا كان القاضى يعرف الرجل، وكان يزكّيه عند غيره، لو لم يكن قاضياً، فهذا الذى يسعه قبول شهادته.

وأما الضرب الثانى، وهو من يعرف فسقه، فلا يجوز له أن يحكم بشهادته، بل يجب عليه ردّها، وذلك على ضربين، أحدهما أن يعرف الحاكم فسقه. والثانى: أن يخرج عنده بأنه يرتكب محظوراً كالزنا والسرقه وشرب الخمر والعمل بالربا. قال الشيخ أبو إسحاق: ولا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء، وإن كان لا يدعو إلى بدعته، وتقبل شهادة القراء فى جميع الأشياء إلا شهادة بعضهم على بعض، فإنهم يتحاسدون كالضرائر.

وقد اختلف فى شهادة القراء بالألحان وأحب إلى أن لا تجوز، والبخيل الذى ذمه

الله ورسوله هو الذى لا يؤدى الزكاة، فمن أدى زكاة ماله، فليس ببخیل، ولا ترد شهادته.

وقال بعض أصحابنا: إن شهادة البخيل مردودة، وإن كان مرضى الحال، يؤدى زكاة ماله؛ لأنه ساقط المروءة، ولذلك يمنع قبول الشهادة، وكذلك ترد شهادة من يترك واجباً كترك الصلاة والصيام حتى يخرج الوقت المشروع لها، وأما ترك الجمعة، فجرحة فى الجملة.

واختلف فى تركها مرة واحدة، فقال أصبغ: هى جرحة كالصلاة من الفريضة، فتركها مرة واحدة، فيؤخرها عن وقتها، وهذا ظاهر ما روى عن ابن القاسم فى العتبية. وقال سحنون: لا يكون جرحة حتى يتركها ثلاثة متوالية، ومثله روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك.

مسألة: وهذا ما كان من العبادات على الفور. وأما ما كان على التراخي، فإنها لا تبطل شهادته، حتى يترك ذلك المدة الطويلة التى يغلب على الظن تهاونه بها مع تمكنه من أدائها.

قال سحنون: فمن كان صحيح البدن، متصل الوفرة، قد بلغ عشرين إل. أن بلغ ستين سنة، فلا شهادة له، وإن كان من أهل الأندلس، يريد إذا ترك الحج.

مسألة: وأما ترك المندوب إليه بما كان منه يتكرر، ويتأكد كالوتر، وركعتى الفجر، وتحمه المسجد، وما قد واطب عليه الناس، فإن أخل بفعله مرة أو مراراً لعذر أو غير عذر، فلا تسقط بذلك عدالته.

وأما من أقسم أن لا يفعله أو تركه جملة، فإن ذلك يسقط شهادته. والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتِلْ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولَى الْقُرْبَى وَالْمَسَاكِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [النور: ٢٢].

وما روى عن عائشة قالت: «سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما، فإذا أحدهما يستوضع الآخر، ويسترفقه فى شىء، وهو يقول: والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال: «أين المتألى أن لا يفعل المعروف، فقال: أنا يا رسول الله، فله أى ذلك أحب» (\*).

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٧٠٥. مسلم حديث رقم ١٥٥٧.

فوجه الدليل فيه أن النبي ﷺ أنكر عليه يمينه بذلك، إنكاراً اقتضى إقلاعه عنه وتوبته منه، فمن أصر على مثل ذلك، وجب رد شهادته. وأما الذى قال للنبي ﷺ حين أخبره بالفرائض: والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه، فإنه لم يحلف على أن لا يأتى بنافلة، ولا يعمل شيئاً من الخير، ولكنه أقسم أن لا يفعل على وجه الوجوب عندما أخبره به النبي ﷺ عن وجوبه.

وإن أجاز أن يفعل غير ذلك من جنسه على وجه النفل، ويحتمل أن يريد أنه لا يزيد عليه زيادة تفسده، فلا يزيد على ركعات الصلاة، فيصليها خمساً، ولا ينقص فيصليها ثلاثاً، وإن جاز أن يزيد فيها، وينقص منها ما لا يخل بصحتها.

**فصل:** وأما من جهل الحاكم أمره، فلا يعرفه بعدالة ولا فسق، فلا يخلو أن يتناول شهادة ما يعدم شهادة أهل العدل فيه فى الأغلب، أو ما لا يعدم ذلك فيه غالباً مثل شهادة أهل الرقعة بعضهم على بعض فيما يختص بمعاملات السفر من بيع، أو شراء، أو قرض، أو كراء، أو قضاء، وما جرى مجرى ذلك.

فأما بيع العقار والأموال التى تجر العادة بيعها فى السفر، فلا يقبل فيها إلا العدول، وكذلك ما شهد به بعضهم على بعض فيما يوجب الحد أو الضرب كالسرقة والتلصص والزنا والغصب الموجب لضرب، فلا يقبل فى ذلك إلا أهل العدالة، وإنما تجوز شهادة التوسم فى الأموال لصالح السفر واتصال السبل. وورى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون.

ووجه ذلك ما احتج به الشيخ أبو إسحاق من قوله تعالى: ﴿وَأَسْأَلُ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَا فِيهَا وَالْعِيرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَادِقُونَ﴾ [يوسف: ٨٢].

ومن جهة المعنى ما تدعو إليه الضرورة فى السفر من قبول أهل الرقعة، ومن لا يكاد يوجد فيها غيرهم.

**مسألة:** وإنما يقبلون على التوسم، وذلك أن يتوسم فيهم الحاكم الحرية والإسلام. زاد الشيخ أبو إسحاق: والمروء والعدالة، ولا يمكن المشهود عليه من تجريحهم؛ لأن من اجتراً على غير العدالة لا يمكن من تجريحه كالصبيان.

وإن ارتاب السلطان قبل الحكم، فإن كان سبب الريبة، قطع يد أو رجل أو جلد ظهر، فليتوقف، ويتثبت فى توسمه، فإن ظهر له نفى تلك الريبة، وإلا أسقطهم، ولو شهد منهم واحد أو امرأة أو عدد لاتوسم أن الذين قبلوا بالتوسم عبيد أو

كتاب الأقضية ..... ١٥٣

مسخوطون، وذلك قبل الحكم، فإن السلطان يتثبت فيهم، ويكشف عنهم، فإن ظهر له بعض ما قيل أمسك عن إمضاء شهادتهم.

وإن لم يظهر له ذلك، حكم بها، وإن كان ذلك بعد الحكم بشهادتهم، فلا ترد بشيء مما ذكرناه قبل هذا إلا أن يشهد عدلان أنهما أو أحدهما على صفة تمنع قبول الشهادة.

مسألة: وأما إذا تناولت شهادة الشاهدين ما لا يعدم شهادة أهل العدل فيه غالباً، فإنه لا يقبل شهادتهما، إلا بعد التزكية. روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ليس تعديل الشهاداء إلى المشهود عليه، وإنما ذلك إلى الحاكم ينظر في ذلك لنفسه، سمي له ذلك المشهود عليه أو لم يسم.

وفى ذلك خمسة أبواب، الباب الأول: فى عدد المزكين. والباب الثانى: فى صفة المزكى. والباب الثالث: فى معنى العدالة، وما يلزم المزكى من معرفة ذلك. والباب الرابع: فى لفظ التزكية. والباب الخامس: فى تكرار التعديل وما يلزم منه.

### الباب الأول: فى عدد المزكين

وذلك على وجهين، تزكية علانية، وتزكية سرية. فأما تزكية العلانية، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يجزئ فى التزكية أقل من اثنين.

ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وهذا فى كل شيء إلا فى تزكية شهود الزنا، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: لا يعدل كل واحد إلا بأربعة. وقال ابن الماجشون: يجوز فى تعديلهم ما يجوز فى تعديل غيرهم، اثنان على كل واحد، أو أربعة لجميعهم.

مسألة: وأما تزكية السر، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: ينبغى أن يكون للحاكم رجل عرف دينه وفضله وميزه وتحرز لا يعرفه أحد سوى الحاكم، فيبحث عن أحوال الناس، ويكتسم بذلك، فإذا كلفه القاضى أن يتعرف له حال شاهد تسبب إلى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يعلم به أحد، ثم يعلم الحاكم بما عنده من ذلك، فهذه تزكية السر.

فرع: وكم عدد المزكين فى السر؟ فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: يكفى فى ذلك الرجل الواحد العدل. وفى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: لا

١٥٤ ..... كتاب الأقضية

أحب أن يسأل في السر أقل من اثنين. وقال سحنون: لا يقبل في السر إلا اثنان.

وجه القول الأول أنه نائب عن الحاكم، فاقتضى ذلك انفراده.

وجه القول الثاني أنها شهادة في تعديل كتركية العلانية.

مسألة: والأفضل في التعديل أن يجمع بين السر والعلانية. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا ينبغي أن يكتفى بتعديل العلانية دون تعديل السر، وقد يجوز تعديل السر عن تعديل العلانية.

وجه ذلك أن تعديل السر لا يجتزى في ذلك السائل إلا بالخبر الفاشى المتكرر المتحقق الذى يقع به العلم للمستخبر، ولذلك لا يعذر فيه إلى أحد.

وأما تعديل العلانية، فيقبل في ذلك شاهدان فلا يقوى قوة ما يقع به العلم ولذلك يعذر فيه إلى المشهود عليه، فإذا أمكن أن يجمع بين الأمرين، فهو أولى ليستوى في تعديله السر والجهري، وإن اقتصر في الرجل المشهور الفضل بتزكية السر، فلا بأس بذلك لما عليه من الغضاضة بمطالبته بالتزكية والتوقف في قبول شهادته حتى يزكى.

فإن لم تعلم حالته بالسؤال في السر عن أمره، ولم يوجد من يخبر بذلك عنه إلا الرجلان والثلاثة، اضطر في أمره إلى تزكية العلانية، واجتزأ بها في الذى لم تشتهر عينه. وفي المدونة: يكفى في ذلك أن يزكى في السر أو العلانية، والله أعلم وأحكم.

### الباب الثاني: في صفة المزكى

روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ: لا يجوز تعديل الرجل، وإن كان عدلاً يعرف وجه التعديل. ورواه مطرف عن مالك. وقال سحنون من رواية ابنه عنه: لا تقبل تزكية الأبله من الناس. وقال سحنون: وليس كل من تجوز شهادته، يجوز تعديله، ولا يجوز في التعديل إلا المبرز، النافذ، الفطن، الذى لا يخدع فى عقله، ولا يستزل فى رأيه.

وجه ذلك أن معرفة أحوال الناس ومعرفة الجائر منها من غيره مما يخفى ولا يعلمه إلا آحاد الناس، وأهل الميز، والحلق منهم وأما دفع عقد إلى شاهد يشهد فيه بما يشهده عليه المتعاقدان فى بيع أو غيره، فذلك أمر ظاهر يبعد من الخطأ والمخادعة لمن له أقل معرفة وأيسر جزء من التحرز.

فرع: ولا يجوز أن يكون المعدلان غير معروفين عند الحاكم، فيزكيان عنده إذا كان



شاهد الأصل من أهل البلد، وإن كان غريباً، جاز ذلك، قاله مالك في المدونة وغيرها.  
 ووجه ذلك أن الغريب قد يكون مجهول الحال في البلد، فلا يعرف عدالته إلا من يعرف الحكم، فيحتاج أن يعرف به. وأما المساكن بالبلد، فحاله في الأغلب معلومة كحال المزكى له، فلا يقبل في تركيته إلا أهل العدالة على ما وصفنا قبل هذا.

### الباب الثالث: في معنى العدالة وما يلزم المزكى من معرفة ذلك

من لا يعرفه الحاكم بهذه الصفة، يطلب فيه التزكية. قال سحنون: يزكيه عنده من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره، من صحبه الصحبة الطويلة، وعامله بالأخذ والإعطاء. قال ابن سحنون عن أبيه: في الحضر والسفر. قال مالك: كما يقال لمن مدح رجلاً، أصبحته في سفر، أخالطته في مال.

قال مالك في الرجل يصحب الرجل شهراً، فلا يعلم منه إلا خيراً، لا يزكيه بهذا، وهو كبعض من يجالسك، وليس هذا باختبار.

وقال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا فساد، إلا أنه ممن يحضر الصلوات في المساجد، قال سحنون: يعرفه بظاهر جميل من أهل المساجد والجهاد. قال ابن القاسم: لا يقبل شهادته، ويطلب فيه التزكية. قال سحنون: لا يزكيه بذلك.

مسألة: إذا ثبت أن التزكية تفتقر إلى أن يعرف المزكى من حال الشاهد ما ذكرناه، ففي العتبية عن سحنون ما معناه: أنه لا يؤثر في ذلك أن يقارف بعض الذنب كالأمر الخفيف من الزلة والفتنة، فمثل هذا لا يمنع من عدالته.

قال مالك: من الناس من لا تذكر عيوبهم، يكون عيبه خفيفاً، والأمر كله حسن، ولا يعصم أحد من أهل الصلاح، وتقبل شهادة التلاعب بالشطرنج، ولو لم تقبل إلا ممن لا يقارف شيئاً من العيوب، ما قبلت لأحد شهادة.

مسألة: يزكى الشاهد، وهو غائب عن القاضي، قاله ابن القاسم في المدونة: معناه، والله أعلم، أنه مشهور العين والاسم عند القاضي، والمزكى معروف العين، وإن لم يكن كذلك، فلا يزكى إلا عينه. وقد روى ابن سحنون عن أبيه: يصح أن يزكى المزكى رجلاً لا يعرف اسمه، وقاله ابن كنانة.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى ذلك عندى أنه زكاه على عينه، وأن

١٥٦ ..... كتاب الأقضية

هذا أمر يقل ويندر، إذا كان لا يصح تزكيته له بعد المداخلة فى السفر والحضر، والمعاملة الطويلة بالأخذ والإعطاء، ويكون مع ذلك لا يعرف اسمه، إلا أن يكون مشهوراً بكنية كأبى بكر بن عبدالرحمن بن الحرث بن هشام وأبى بكر بن عباس، أو يغلب عليه لقب قد رضىه كأشهب بن عبد العزيز، واسمه مسكين، وكنيته أبو عمرو، وأشهب لقب، وكذلك سحنون اسمه عبدالسلام، وكنيته أبو سعيد، وسحنون لقب، فمثل هذا يمكن فيه ما قال، والله اعلم، ومع ذلك، فإننى أقول إن الجهل باسمه يؤثر فى تزكيته، وإنما يقل مع ما شرط من سبب معرفته.

### الباب الرابع: فى لفظ التزكية وحكمها

قد قال مالك من رواية ابن وهب عنه فى المزكى يقول: لا أعلم إلا خيراً، قال مالك: ويلقاه فى الطريق ولا يعلم منه إلا خيراً، ولا يجوز هذا. قال سحنون: ولا يجوز أن يقول: هو صالح. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: يجوز فى ذلك لفظ العدل والرضى.

وقال القاضى أبو بكر: كل لفظ كنى به عن العدل والرضى، فإنه يجوز، وإنما اختير لفظ العدل والرضى؛ لأنه الذى ورد به القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال عز من قائل: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قال الشيخ أبو القاسم: ولا يقتصر على أحد الوصفين من العدل والرضى حتى يجمعهما.

فرع: إذا ثبت أن الاعتبار بمعنى العدالة، وأن الاختيار لفظ العدالة والرضى، فقال مطرف وابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ: يجوز أن يقول: أراه عدلاً رضى، وليس عليه أن يقول: وأعلمه عدلاً رضى، جائز الشهادة، ولا تقبل منه إذا قال: لا أعلمه إلا عدلاً رضى. قال سحنون: ولا يقبل منه حتى يقول: إنه عدل رضى.

وجه الرواية الأولى أن التعديل إخبار عما يعتقد فيه من الصدق، لما ظهر إليه من الأحوال المرضية، ولا يصح أن يقطع على مغيبه.

وجه الرواية الثانية، التزكية وأن الرضى والعدالة متعلقة بما ظهر إليه من أحواله، وذلك مقطوع به.

### الباب الخامس: فى تكرار التعديل وما يلزم منه

قد روى فى المجموعة أشهب عن مالك فى الرجل يشهد، فيزكى، ثم يشهد ثانية: تقبل شهادته بالتزكية الأولى، وليس الناس كلهم سواء، منهم المشهورون بالعدالة، ومنهم من يغمص منه الناس.

قال ابن كنانة: أما الذى ليس بمعروف، فإنه يؤتلف فيه تعديل ثان، وأما المشهور بالعدالة فالتعديل الأول يجرى فيه، حتى يخرج بأمرين.

وروى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون: ليس عليه ائتناف تعديل، إلا أن يغمز فيه بشيء، أو يرتاب منه، ولا يزيده طول ذلك إلا خيراً.

وجه القول الأول، الذى ليس بمشهور العين، ولا مشهور العدالة، فإنه يمكن أن يكون فيه أحوال خفيت عن المعدلين، وربما يتعدز تجريحه على المشهور عليه لخباء عينه، وقلة العلم به، فيؤتلف فيه التعديل ليحقق أمره، ويستبرأ حاله.

وجه القول الثانى أن الحكم الأول بتعديله باق لا ينقصه التجريح والارتياب، فلا يلزم تجديد حكم آخر فيه.

فرع: فإذا قلنا إنه يؤتلف فيه التعديل، فقد قال أشهب فى المجموعة: إن شهد مرة ثانية بعد زمان الخمس سنين ونحوها، فليستل عنه المعدل الأول، فإن كان قد مات عدل مرة أخرى، وإلا لم يفعل.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: إن كانت الشهادة الثانية قرية من الأشهر وشبهها، ولم يطل جداً، لم يطلب تزكية، وإن كان قد طال، فليكشف عنه ثانية، طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلب، والسنة كثير.

مسألة: ومن الذى يكلف تعديله؟ فى العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، أنه يسأله من يعدله، فإن لم يأت به بذلك، فلا يقبله. قال سحنون: ولا يطلب التزكية من الشاهد، وذلك على الخصم، وإنما عليه أن يميز الحكم من يعرفه ومن يعدله.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا هو الأظهر عندى، فإذا قلنا بذلك، فإن الحاكم يكلف من يشهد له يركيه من لا يعرفه، فإن زكاه وإلا رد شهادته لقوله تعالى: ﴿مَنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وإذا لم يعرف عدالته، لم يرضه.

١٣٨٣ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَصْمٍ وَلَا ظَنِّينَ.

الشرح: قوله: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين» قال ابن كنانة فى المجموعة: الخصم فى هذا الحديث الرجل يخاصم الرجل فى الأمر الجسيم، مثله يورث العداوة والحقد، فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه فى ذلك الأمر وفى غيره، وإن خاصمه فيما لا خطب له كثوب قليل الثمن ونحوه مما لا يوجب عداوة، فإن شهادته عليه فى غير ما يخاصمه فيه جائزة. وقال يحيى بن سعيد: الخصم فى هذا الحديث الوكيل، وقاله ابن وهب.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والوجهان عندى محتملان، فيحتمل أن يريد به العدو والمخاصم، ويحتمل أن يريد به الوكيل على خصومته، لا تقبل شهادته على ما يخاصم فيه.

مسألة: وكذلك إذا كان حقاً لله تعالى، فقام به أحد يطلبه، ويخاصم فيه، فإنه لا تقبل شهادته فيه، قاله ابن القاسم فى العتبية. وروى ابن حبيب عن مطرف: أن شهادته جائزة.

وجه قول ابن القاسم أن الناس قد جلبوا على أن من خاصم فى شىء، أن له إتمامه والنفاد فيه، فلا يؤمن على هذا المخاصم أن يزيد فى شهادته ما ينفذ به فيما يحاوله.

وجه قول مطرف أن هذا حق لله تعالى، فلا يهتم أحد فيه؛ لأن الواجب على كل أحد القيام به، ولو لم تقبل شهادة قائم به لما قبلت شهادة أحد؛ لأن كل أحد يتعين عليه القيام به، والقائم به لا يجز به منفعة إلى نفسه، فلا يمنع ذلك من قبول شهادته.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن خصومتها معتبرة بالتهمة فى أداء الشهادة، فإن أداها قبل الخصومة، ثم حدثت الخصومة قبل الحكم.

قال القاضى أبو الوليد: فالصواب عندى الحكم بها، وإن تحملها قبل الخصومة، ثم حدثت الخصومة، فإن كان أشهد بها قبل الخصومة، ثم أداها بعد الخصومة، فهى جائزة، حكاه الشيخ أبو محمد فى نوادره عن ابن الماجشون.

وإن لم يشهد بها وأداها فى حال الخصومة أو بعدها بالقرب منها، فهى غير جائزة،

كتاب الأفضية ..... ١٥٩  
وإن كان بعدها مدة لا تلحق في مثلها التهمة، جازت الشهادة، وإن أداها قبل العداوة،  
ثم حدثت العداوة قبل الحكم بها، فقد قال ابن القاسم وأشهب: إن الشهادة ماضية  
يجب الحكم بها.

فرع: وقوله: «ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين» يريد لا يجوز أدائها، وأما تحملها،  
فتعتبر بوقت أدائها، وللشهادة حالان، حال تحمل، وحال أداء، وإنى أفرد لكل واحد  
منهما بأبأ، إن شاء الله تعالى.

### الباب الأول: فى تحمل الشهادة

أما تحمل الشهادة، فعلى ثلاثة أضرب، أحدها: تحمل نقلها من الأصل. والثانى:  
تحمل نقلها عن الشهود. والثالث: تحمل نقل حكمها عند الحاكم.  
فأما تحمل نقلها من الأصل، فعلى ضربين، أحدهما: أن يسمع لفظ الذى عليه الحق  
بالشهادة له أو إقراره. والضرب الثانى: أن يشهد على ما تقيد فى كتاب.  
فأما الضرب الأول، وهو أن يسمع ما يشهد به، فهو إذا وعاه، جاز أن يشهد به،  
ويلزمه ذلك، إذا لم يقم بالشهادة غيره، وتجوز على هذا شهادة الأعمى خلافاً لأبى  
حنيفة فى قوله: لا تجوز ما تحمل حال العمى.  
وللشافعى فى قول: ولا تجوز شهادته إلا أن يكون المشهود له، والمشهود عليه فى  
يديه إلى أن تؤدى الشهادة بالإشارة إليهما.

والدليل على ما نقوله أن كل من صح منه معرفة المقر والمقر له، جاز أن تقبل شهادته  
بينهما مع العدالة كالمبصر، والأعمى يعرف ذلك بمعرفة الصوت، يدل على ذلك ما  
احتج به سحنون من أنه يجوز له أن يطاء امرأته بمعرفة صوتها، ويؤيد ذلك أنه يجوز له أن  
يخلف على حقه بمعرفة صوت مبايعه، والمقتضى منه. قال المغيرة وابن نافع وسحنون:  
سواء ولد أعمى أو عمى بعد ذلك.

مسألة: وأما إذا لم يع جميع ما شهد به، فإن كان نسى منه ما لا يخل بما حفظ،  
فليشهد بما حفظ وتيقنه دون ما يشك فيه، وإن كان نسى ما يخاف أن يكون مؤثراً لما  
حفظ، ومغيراً لحكمه، فلا يشهد به، وهذا حكم الإقرار فيمن سمع رجلاً يحدث غيره  
بما فيه إقرار، ففى المدونة عن ابن القاسم، قال مالك: فى الرجل يمر بالرجلين يتكلمان،  
ولم يشهداه، فيدعوه أحدهما إلى الشهادة، أنه لا يشهد. قال ابن القاسم: إلا أن  
يستوعب كلامهما.

١٦٠ ..... كتاب الأقضية

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وذلك عندى على وجهين، أحدهما: أن يكون لمالك فى ذلك قولان، أحدهما: أنه لا يشهد به على الإطلاق مخافة الاستغفال والتحيل على المقر. والثانى: أنه يلزمه أداء الشهادة إذا استوعب الكلام، ولم يفته ما يخاف أن يخل بالمعنى.

والوجه الثانى أن يكون ما قاله ابن القاسم تفسيراً لقول مالك. والوجه الأول أظهر لقول ابن القاسم: قول مالك الأول: لا يشهد.

وفى الموازية عن مالك، ما يقوى هذا التأويل فيمن سمع رجلين يتنازعان، فأقر أحدهما للآخر، ولم يشهد السامع، إلا أن يكون قاذفاً. وقال أشهب: هذه رواية فيها وهم، وليشهد بما سمع من إقراره، وإن لم يعلم المقر له، فليعلمه.

وقد اختلف قول مالك وأقوال أصحابه فيما يتعلق بهذا المعنى، ويرجع إليه، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فى شهادة المختفى على الإقرار: إذا كان المقر ممن يخاف أن يخدع أو يستضعف، لم يلزمه ذلك، ويحلف أنه ما أقر إلا لما يذكر من ذلك، وأما من لا يخاف عليه ذلك، وهو فى الخلوة يقر، ويحجد عند البينة، فعسى أن يلزمه ذلك، ورواه ابن المواز عن مالك، قال عيسى بن دينار: أرى ذلك ثابتاً.

وسئل سحنون عن ذلك، فقال: حدثنا ابن وهب أن الشعبى وشريحاً كانا لا يجيزان ذلك، فظاهر ما جارب به من الرواية الأخذ بها فى المنع.

واختلف قول مالك فى الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين، ويشترطان عليهما أن لا يشهد بما يقران به، فيقر أحدهما، فيطلبهما الآخر بالشهادة، فروى ابن القاسم عن مالك: يمتنعان من الشهادة، ولا يعجلا، فإن اصطلاح المتداعيان، وإلا فليؤديا الشهادة.

وروى عنه ابن نافع: لا أرى بامتناعهما من الشهادة بينهما بأساً. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم، وكذلك شهادة من توسط بين اثنين.

مسألة: إذا سأل المستفتى فقيهاً عن أمر ينوى فيه، ولو أقر عند الحاكم أو أرسر به بينة، لم ينو، وفرق بينه وبين امرأته فأنته الزوجة تسأله عن الشهادة، ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: لا يشهد عليه. زاد ابن المواز: ولو شهد لم ينفعها؛ لأن إقراره على غير الإشهاد، وما أقر به من طلاق أو حد مما لا رجوع له عنه ثم أنكر، فليشهد به عليه. وقال الشيخ أبو إسحاق: ولا تجوز شهادة الفقيه بما سئل عنه.

كتاب الأفضية ..... ١٦١

**فصل:** وأما إذا شهد على تقييد في كتاب، فلا يخلو أن يكون غير مختوم أو مختوماً، فإن كان غير مختوم، فعندى أنه يلزمه أن يقرأ ما تقيدت به الشهادة في آخر العقد، إن كان يقرأ أو يقرأ له، إن كان أمياً أو أعمى؛ ليعلم بذلك موافقة تقييد الشهادة لما شهد به.

وإن كان الكتاب مختوماً، ففي المعونة للقاضي أبي محمد اختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطوياً، وقال: اشهدوا علىّ بما فيه، هل يصح تحملهم للشهادة أم لا؟ وكذلك الحاكم إذا كتب كتاباً إلى حاكم، وختمه، وأشهد الشهود بأنه كتابه، ولم يقرأ عليهم، فعنه في ذلك روايتان، إحداهما: أن الشهادة جائزة. والأخرى: أنهم لا يشهدون به، إلا أن يقرؤه وقت تحمل الشهادة.

فوجه الجواز أنه أشهدهم على إقراره بما في كتاب عرفوه، فصح تحملهم للشهادة وأصله إذا قرأه عليهم. واستدل القاضي أبو إسحاق لذلك بأن رسول الله ﷺ دفع كتاباً إلى عبدالله بن جحش، وأمره أن يسير ليلتين، ثم يقرأ الكتاب، فيتبع ما فيه.

قال: ووجه المنع قوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾ [يوسف: ٨١]، وإذا لم يقرأوا الكتاب لم يعلموا ما يشهدون به، فلم تجز شهادتهم.

### الباب الثاني: في حال أداء الشهادة

أما حال الأداء، فإن كان يؤدي شهادة حفظها، فحكمه أن يكون حافظاً لها حين الأداء، إما لأنه استدام حفظها، وإما لأنه قيدها في كتاب يذكرها منه حال الأداء على وجه لا يشك في صحته، وقد يكون ذلك في كتاب يتفقده عند نفسه، وقد يكون في كتاب عقد المشهود له به عقداً بما علم في الشاهد من ذلك، وهذا يسميه أصحاب الوثائق عقد استرعاء.

وصفته أن يكتب شهد من تسمى في هذا الكتاب من الشهداء أنهم يعرفون كذا، ثم يكتب الشاهد شهادته، ويسلم العقد إلى صاحبه المشهود له، فإذا احتاج إليه، ودعى الشاهد الشاهد إلى الشهادة، لزم الشاهد أن ينظر فيه، فإن كان ذاكراً لجميعه، ويذكر ذلك بقراءته، أدى الشهادة على عمومها، وإن ذكر بعضه، شهد بما ذكر منه، وإن لم يذكر شيئاً منه، فلا يشهد.

**مسألة:** وأما إن كان أشهد على عقد تباع، أو نكاح، أو هبة، أو حبس، أو إقرار مما لا يلزم الشاهد حفظه، وإنما يلزمه مراعاة تقييد الشهادة في آخره.

فإن كان يذكر أنه أشهد عليه، ويعرف خطه، ولا يستريب بشيء من الكتاب في محو ولا بشر ولا إلحاق، فليؤد الشهادة، وعلى الحاكم أن يعمل بها، وإن استراب بشيء، فلا يشهد؛ لأنه شاك فيما شهد على حقه. معرفة صوت مبايعه والمقترض منه، وإن لم يذكر الشهادة.

فإن ميز خطه، ولم يذكر أنه أشهد، ولا أنه كتبه، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إن عرف خطه، ولم يذكر الشهادة، ولا شيئاً منها، فإن لم يكن في الكتاب محو، ولا ريبة، فليشهد بهما، وإن كان في الكتاب محو، فلا يشهده، ثم رجع، فقال: لا يشهد، وإن عرف خطه، ثم يذكر الشهادة، أو بعضها، أو ما يدل منها على أكثرها.

قال ابن حبيب: وبالأول أقول، ولا بد للناس من ذلك، وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن عبدالحكم وابن وهب، وقال ابن القاسم وأصبغ بقوله الآخر.

مسألة: وأما إذا ذكر أنه كتب شهادته، وعرف خطه إلا أنه لا يذكر ما فيه، ففي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يشهد بها، ولكن يؤديها كما علم، ولا يحكم بها. وقال سحنون في العتبية: إذا عرف خطه في كتاب لا يشك فيه، ولا يذكر كل ما في الكتاب، فقد اختلف فيه أصحابنا.

وقوله: أنه لم ير في الكتاب محوًا ولا لحقًا ولا ما يستنكره، ورأى الكتاب خطأ واحدًا، فليشهد بما فيه، وإن لم يذكر من الكتاب شيئًا، ولا يجد الناس من هذا بدءًا.

فرع: إذا ثبت ذلك، فصفة أداء الشهادة، قال ابن القاسم عن مالك في المدونة: لا يشهد بها، ولكن يؤديها كما علم، ففرق بين الأداء والشهادة، فكأنه أشار بالشهادة إلى ما يعتقد أنه كامل ويورده ليعمل به، وأشار بالأداء إلى الإخبار بما عنده، وأنه غير كامل، فلا يعمل به.

وقال أشهب من مالك في العتبية في شهادة من رأى خطه في كتاب، ولا يذكرها: يرفعها إلى الإمام على وجهها، وليقل هذا كتاب شبيه كتابي، وأظنه إياه، ولا أذكر شهادة، ولا أنى كتبها، يحكى ذلك، ولا يقضى بها، وإن لم يكن في الكتاب محو، وعرف خطه، فقد يضرب على خطه.

وقال ابن الماجشون في الواضحة: يشهد الذي لا يعرف إلا خطه، فيقول: إن ما فيه حق، وذلك لازم له، وإن ذكر للحاكم أنه لا يعرف من الشهادة شيئًا، وقد عرف خطه، ولم يرتب في شيء، فلا يقبلها.



كتاب الأقضية ..... ١٦٣

وقال سحنون: يقول أشهد بما في هذا الكتاب، وهذا أمر لا يجد الناس منه بداً، ولو أعلم القاضى بذلك رأيت أن أن يجيز شهادته إذا عرف أن الكتاب خط يده.

قال: وجميع أصحابنا يقولون: شهادته جائزة، وهذا عندي هو الأظهر؛ لأنه لا يشهد بذلك حتى يعرف خطه معرفة صحيحة، لا يشك فيها.

وقد قال ابن نافع: إذا لم يعرف عدد المال، فذلك إلى الإمام يعرفه الشاهد بأنه لا يعرف ذلك، وما أرى ذلك ينفع، وقاله ابن وهب عن مالك في العتبية: يقضى القاضى بشهادته، وإن لم يشهد عنده على عدة المال.

وروى ابن القاسم عن مالك إذا لم يعرف عدد المال، ردّت شهادته، وإن ذكر أنه قد كان أشهد مع معرفة خطه، وهذا عندي إنما هو الخلاف فيمن قيد شهادته باسترعاء على معرفته بمال وعدده أو غير ذلك من الحقوق، ثم نسي، فهذا يحتمل الخلاف المذكور؛ لأنه لا يجوز له أن يقيد شهادته إلا مع معلوم عند تقييد شهادته.

فإذا نسي بعد ذلك، تيقن ما تضمنه العقد أو بعضه، وذكر تقييده للشهادة، وعرف أنه لم يوقعها إلا على معلوم، احتمل الوجهين، أحدهما: إجازة شهادته؛ لأنه متيقن صحتها. والثاني: رد شهادة؛ لأنه عند الأداء غير ذاكر له.

وقد قال أبو زيد عن ابن القاسم: إذا عرف خطه، وأثبت من أشهده في دار، إلا أنه لا يذكر أنها التي في هذا الكتاب: لا يشهد حتى يثبت ما في هذا الكتاب حرفاً حرفاً، وهذا يدل على أنه عقد استرعاء.

وأما ما شهد فيه من العقود، فقد قدمنا أنه لا يلزمه تصفحه، ولا قراءته، ولا يتصفح منه إلا موضع التقييد للشهادة، ولذلك شهد على الحكام بالسجلات المطولة التي فيها الأوراق، ولا يقرأ إلا في المدد الطوال مع القدرة على ذلك والتفريغ له، وربما اجتمع النفر الكثير للإشهاد منه، وإن لزم كل إنسان قراءته وتصصفه وتحفظه، لتعذر الإشهاد فيه.

وإذا ثبت أنه لا يلزمه قراءته، ولا معرفة ما فيه حين تقييد شهادته، فبأن لا يلزمه ذلك حين الأداء أولى. وما احتج من قوله: «وما شهدنا إلا بما علمنا» [يوسف: ٨١]، غير لازم أنه إخبار عن شهادة معينة، ولا يقول أحد، أن الشهادة بالمعلوم غير جائزة، وإنما الخلاف في الشهادة بما لم يعلم، والآية لا تتضمن حكماً هذا، وأيضاً، فإننا نقول بموجب ذلك، فإن الشاهد إنما يشهد بما يعلمه من صحة تقييده الشهادة في لا عقد على الوجه اللازم في ذلك.

١٦٤ ..... كتاب الأفضية

مسألة: ومن حكم أداء الشهادة أن يشهد بما يعلم، ويقطع به، فإن شك في شيء لم يشهد به، قاله مالك في المجموعة. وأما من دعى إلى شهادة، فلم يذكرها. زاد ابن القاسم، فقال عند القاضي: لا أذكرها، ثم ذكرها، قال ابن القاسم: ثم عاد بعد أيام فشهد، ففى الموازية عن مالك: يقبل منه، وإن كان مبرزاً، لا يتهم ولم يمر طول الزمن ما يستنكر.

قال سحنون في المجموعة: إن قال: أخرونى لأتفكر وأنظر، جازت شهادته، إن كان مبرزاً، وإن قال: ما عندى علم، ثم رجع، فأخبر بعلمه، فقد اختلف فيه عن مالك وأجازها ابن نافع فى المبرز فى القرب.

وجه إجازتها أنه إنما أخبر بأن لا علم له عنده فى ذلك الوقت، وذلك لا ينفى أن يكون علم ذلك قبله، فإذا تذكر بعد ذلك ما تقدم علمه به، جازت شهادته كما لو تقيدت شهادته فى عقد أشهد عليه، فإن أكثر الناس ينسى ذلك، فإذا وقف على العقد، ورأى خطه يذكر شهادته، وجاز أدأؤه لها.

ووجه القول بردها أن قطعه بنفى علمه، ظاهره أنه ليس عنده أصل، ولا سبب يتذكر منه.

قال ابن حبيب: إنما هذا إذا سئل عند الحاكم أو سئل المريض عند نقلها عنه، فأما فى غير هذين الوجهين، فلا يضره ذلك.

فروع: فإذا قلنا برد شهادته، فقد قال ابن المواز عن أشهب: إن قال: كل شهادة أشهد بها بينكما زور، لم يضره ذلك، وليشهد، وقال ابن حبيب: من قال لخصم: ما أشهد عليك بشيء، ثم شهد عليه، يقبل ذلك منه، ولا يضره القول الأول، وإن كانت عليه بينة، وهذا عند الحكم.

ومعنى ذلك عندى أنه إذا وعده أن لا يقيم عليه الشهادة، ثم رجع عن ذلك إلى الواجب من إقامتها عليه، أو يكون نسي الشهادة، ثم ذكرها، فأدأها والله أعلم وأحكم.

قال الشيخ أبو إسحاق: من شهد وحلف لم تقبل شهادته، وأما محل نقل الشهادة عن الشهود، ففيها بابان، أحدهما: نقلها عن شهداء معينين. والباب الثانى: فى نقلها عن شهداء غير معينين.

### الباب الأول: فى نقل الشهادة عن معينين

فأما نقلها عن المعينين، فيجب أن يكون ممن ينقل عنه متيقناً لما أشهد به غير شك فى شئ منه، فمن شك فى ذلك أو نسيه، لم يصح نقلها عنه، قاله مالك فى المجموعة.  
مسألة: ومن سمع شاهداً ينص شهادته، لم يجوز أن ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك.

ووجه ذلك أن المخبر قد ترك التحرز والاستيعاب للشهادة والمؤدى للشهادة يتحرز فيها، ويؤديها أداء يقتضى العمل بها، وأداء الشاهد شهادته إلى من ينفىها عنه كأدائها إلى الحاكم، ولو أن الحاكم سمعه ينص عليه، ولا يؤدى الشهادة عنده، لم يكن له العمل بها، فكذلك الناقل لها عنه.

فرع: ومن سمع شاهداً يشهد على شهادة غيره، ولم يشهده، فقد قال ابن الموزا: لا يشهد على شهادته، واحتج إليه بخلاف المقر على نفسه، ويحتمل هذا عندى الخلاف الذى بين أصحاب مالك فيمن سمع رجلاً شهد عند قاض بشهادة، ثم مات القاضى أو عزل، فقال أشهب فى الموازية: لا ينقل الشهادة.

وقال مطرف فى الواضحة: ينقل ذلك إذا سمعه يؤدّيها عند ذلك القاضى، وتكون شهادة على شهادة. قال أصبغ: لا يجوز ذلك حتى يشهده، أو يشهد على قبول القاضى لتلك الشهادة.

مسألة: قال أصبغ: لا يجوز ذلك وإنما يصح نقل الشهادة عن الشاهد الغائب أو المريض الحاضر إذا كانت غيبة الشاهد بعيدة، حكاه ابن الموزا، إلا المرأة، فإنه ينقل شهادتها، وإن كانت حاضرة، صحيحة، رواه ابن حبيب عن مطرف قال: ولم أر بالمدنية قط امرأة قامت بشهادتها عند الحاكم، ولكنها تحمل عنها.

ووجه ذلك أن يلزمها من الستر عذر يسقط فرض الجمعة، فأباح تحمل الشهادة عنها كالمريض.

فرع: وأما الغيبة القريبة كاليومين والثلاثة، ففى كتاب ابن الموزا: لا تنقل شهادته. ووجه ذلك عندى أن يغيب عن مكانه اليومين والثلاثة، وأما من كان بين موضعه وموضع القاضى مسيرة يومين أو ثلاثة، فإنه لا يلزمه أدائها عند ذلك القاضى، ويصح نقلها عنه.

١٦٦ ..... كتاب الأقضية

وفى كتاب ابن سحنون عن أبيه: إذا كان الشاهد على مثل ما تقصر فيه الصلاة الستين ميلاً ونحوها، لم يشخص الشهود من مثل ذلك، ويشهد عنده من يأمر به القاضى فى ذلك البلد، ويكتب بما أشهدوا له عنده إلى القاضى.

قال ابن المواز: إنما ينقل عنهم الشهادة إذا بعدت غيبتهم من يعرف الغيبة بعد مدة لا بأثر غيبتهم، يريد والله أعلم، أنه بأثر غيبتهم على مسافة قريبة، ولا يؤمن من رجوعهم. فرع: وأما من كان على بريد أو بريدين، فإنه يؤدى شهادته عند الحاكم، فإن كان الشهود أغنياء يجدون نفقة وركوباً، فقد قال سحنون: لا يقوم لهم بذلك المشهود له، فإن فعل، سقطت شهادتهم. قال ابن حبيب عن مطرف: وذلك إذا كان أمراً خفيفاً، فإن كثر، لم أجزه.

ووجه ذلك ما فيه من الرشوة والمنفعة التى لا تلزم المشهود له، ويلزم الشاهد لما عليه من أداء الشهادة والقيام بها، قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّاهِدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢٢]، وقال عز من قائل: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّاهِدَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبِهِ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فإن لم يجد الشهود نفقة، ولا مركوباً، جاز للمشهود له أن يقوم بها.

ووجه ذلك أنها مؤنة لا تلزم الشهود، فلم تبطل شهادتهم تكليف المشهود له كسائر نفقاته، وكذلك لو استنهض الشهود إلى مسافة بعيدة ليعاينوا حدود أرض وصفتها، فقد قال مطرف: لا بأس أن يركبوا دواب المشهود له ويأكلوا طعامه.

وروى ابن سحنون عن أبيه من سؤال ابن حبيب، فى الشاهد يأتى من البادية، يشهد لرجل، فينزل عنده فى ضيافته حتى يخرج: لا ترد بذلك شهادته، إذا كان عدلاً، وهذا خفيف، يريد أن هذا أمره معتاد دون مكارمة مشروعة يتقارض فيها الناس، ولعل هذا الأمر قد كان جرى بينهم قبل هذا.

فصل: ومما يتصل بالشهادة على الشهادة على حظ الشاهد، فالمشهور من قول مالك: لا يجوز الشهادة على خط الشاهد، رواه محمد بن المواز واختاره.

وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى العتبية والموازية: تجوز الشهادة على خطه، ولا يجزئ من ذلك أقل من شهادة شاهدين، ويحلف الطالب، ويستحق حقه، وقاله سحنون. وقال أصبغ: الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت قوية فى الحكم بها.

كتاب الأقضية ..... ١٦٧

واحتج ابن المواز للمنع من ذلك بأن الشهادة على خط الشاهد بمنزلة أن يسمعه ينص شهادته تلك، ولا يسوغ نقل الشهادة عنه.

فرع: فإذا قلنا بجواز الشهادة على خط الشاهد، فقد قال مطرف وابن الماجشون: إنما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد، قاله أصبغ.

ووجه ذلك أنها شهادة مختلف في صحتها ناقصة الرتبة كاليمين مع الشاهد.

مسألة: وأما الشهادة على خط المقر، فقد قال ابن المواز: ولم يختلف قول مالك في الشهادة على خط المقر، قال: وهو بمنزلة أن يسمع المقر ينص إقراره، فتصح الشهادة عليه، وإن لم يأذن في ذلك. وقال الشيخ أبو القاسم: فيها روايتان، إحداهما الجواز. والأخرى: المنع.

وجه المنع ما قاله ابن عبدالحكم: لا أرى أن يقضى بالشهادة على الخط بما أحدث الناس من الضرب على الخطوط، وقد كان فيما مضى يجيزون الشهادة على طابع القاضي، ورأى مالك أن لا تجوز.

فرع: فإذا قلنا بالشهادة على خط المقر، فهل تلزمه اليمين مع هذه الشهادة. قال الشيخ أبو القاسم: فيها روايتان، إحداهما: يحكم له بمجرد الشهادة. والثانية: لا يحكم له حتى يحلف، فيستحق حقه.

وجه القول الأول أنها شهادة كاملة تتناول الإقرار كالشهادة على لفظ المقر.

فرع: فإذا قلنا بالشهادة على خط المقر، فلم يشهد له عليه إلا شاهد واحد، فقد قال الشيخ أبو القاسم: فيه روايتان، إحداهما: يحكم له بالشاهد واليمين. والثانية: لا يحكم له بذلك.

وجه الرواية الأولى أنها شهادة على ما يثبت به إقرار المقر بالمال، فأشبهت لفظ الشهادة.

ووجه الرواية الثانية أنها شهادة لا تتناول المال، وإنما تتناول معنى يجر إليه كالشهادة على الوكالة في المال والشهادة على الشهادة.

### الباب الثاني: في نقل الشهادة عن غير معينين

أما نقل الشهادة عن غير معينين، وهى الشهادة على السماع، فهى جائزة عند

١٦٨ ..... كتاب الأقضية

مالك، وهي مختصة بما تقادم زمنه، تقادما يبيد فيه الشهود، وتنسى فيه الشهادات. قال القاضي أبو محمد: وتختص بما لا يتغير حاله، ولا ينقل فيه كالموت والنسب والوقف المحرم.

فأما الموت، فإنما يشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد، وأما ما قرب من البلاد أو الشهادة ببلد الموت، فإنما هو شهادة على البت والقطع، وما تقرر من العلم وإن كان سبب هذه الشهادات السماع، إلا أن لفظ شهادة السماع إنما ينطلق عند الفقهاء على ما يقع به العلم للشاهد، ولذلك لا يؤدى على أنه سمع سماعاً فاشياً ما ينصه من شهادته، وأما إذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم، فإنما يشهد على علمه، فيقول: أشهد أن فلاناً مات، وأن فلاناً ابنه يرثه، فلا يطلقون على هذا النوع، شهادة سماع.

مسألة: وأما الشهادة على السماع فى النسب والولاء، فقد قال ابن المواز: يختلف قول مالك فى شهادة السماع فى النسب والولاء، فأكثر قول مالك وابن القاسم أنه يقضى له بالولاء والنسب، وفى العتبية من رواية أبى زيد عن ابن القاسم: يقضى له بالميراث، ولا يجزى بذلك ولاء، ولا يثبت له نسب إلا أن يكون أمر انتشار مثل أن يقول: أشهد أن نافعا مولى ابن عمر، فمثل هذا يجزى به الولاء والنسب، يريد إذا بلغ من التواتر بحيث يقع به العلم، فيشهد على علمه، ولا يضيف شهادته إلى السماع.

وفى آخر المسألة، قيل لابن القاسم: أفتشهد أنك ابن القاسم، ولا نعرف أباك ولا أنك ابنه إلا بالسماع، قال: نعم، يقطع بهذه الشهادة، ويثبت بها النسب، ويبين ذلك ما قاله سحنون فى كتاب ابنه: لا يجوز على النسب إلا شهادة شهادة على، أو من جهة توارث الخبر، أن هذا فلان بن فلان، مثل سالم بن عبد الله، وسعيد بن المسيب، فيثبت بهذا أن الشهادة على السماع غير الشهادة بالعلم الواقع بالخبر المتواتر.

وقال القاضي أبو محمد فى معونته: إن الشهادة على السماع من معنى الخبر المتواتر، ولعله أراد أن ما بينهما من جنس واحد فى السماع من عدد غير محصور؛ لأنه قال: يقول الشاهد فى أداء الشهادة: لم أزل أسمع أن فلان بن فلان، غير أنه لم يشترط أهل العدل فيمن سمع منهم، فلم تختص المسألة على مذاهب شيوخنا، والله أعلم.

فرع: وإذا شهد للمرأة بضرر زوجها، وفى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أن ذلك جائز بالسماع من الأهل والجيران، وقد تقدم ذكر ذلك فى الخلع. وفى النوارى عن حسين بن عاصم، قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة السماع، إلا عن

العدول، إلا فى الرضاع، فيجوز أن يشهد العدول عن لفيف القرابة والأهل والجيران.  
وإن لم يكونوا عدولاً كالنساء والخدم، فهذا أيضاً يحتاج إل تأمل ونظر، وهو  
يحتمل وجهين، أحدهما: أن يشهد بذلك رجلان، فيجب أن يشهدا بعلمهما على ما  
تقرر عندهما من الخبر المتواتر الذى لا يراعى فيه عدالة ولا إسلام.  
والوجه الثانى أن يريد بذلك شهادة النساء على فشو هذا المعنى مع شهادة امرأتين  
على الرضاع، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: وقد تقدم الكلام فى شهادة السماع بالولاء والمواريث، وقد تقدم من ذكر  
القاضى أبى محمد أن ذلك فيما لا ينتقل كالولاء والنسب والوقف المؤبد، وذكر فى  
شهادة السماع بالنكاح قولين، قال: فوجه قوله فى النكاح: أنه يقبل فيه، أنه ثابت لا  
يتغير إذا مات أحد الزوجين، فأشبهه الولاء والوقف المؤبد.

ووجه قوله: لا يقبل فيه، أصله غير مستقر بدليل جواز التنقل فيه، فكان كالشهادة  
على الأملاك.

والذى تقدم من قول مالك أن شهادة السماع يقطع بها فى الولاء والنسب  
والصدقات التى طال زمنها، والصدقات تكون على غير وجه الوقف.

وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: تجوز شهادة السماع  
فيما تقدم عهده من الأشربة والحيازات والصدقات والأحباس، وشبه ذلك، وهو الذى  
ذكره ابن القاسم عن مالك فى المدونة.

وجه ذلك أنها أمور تتقادم ويبيد شهودها، فصحت الشهادة فيها على السماع  
كالأحباس.

ولابن القاسم فى الموازية وغيرها، فى غائب قدم أقام بينة على دار أنها لأبيه أو  
جده، وأثبت المواريث، فأتى من هذه فى يده بينة على السماع: أنهم لم يزالوا  
يسمعون هم أو من نقلوا عنه من العدول أنها لأب الحائز أو لجده بشراء من أب القائم  
أو جده أو بصدقة ما خرجت عن ملكه حتى مات، وورثها ورثته، ويذكرون ورثة  
كل ميت أنه يقضى بشهادة السماع، ويكون أحق بها، فإن قالوا: نعلم بيد أنها لأبيه أو  
جده، لا يعلمون بماذا، لم تتم الشهادة، وقاله مالك وأشهب.

فرع: وأما النكاح، ففى العتبية عن سحنون، قال: جل أصحابنا يقولون فى النكاح:

١٧٠ ..... كتاب الأقضية

إذا انتشر خبره في الجيران أن فلاناً تزوج فلانة، وسمع الزفاف، فله أن يشهد أن فلانة زوجة فلان.

زاد محمد بن عبدالحكم: ولم يحضر النكاح، وكذلك في الموت يسمع النياحة، وربما لم يشهد الجنائز، فإذا كثر القول بذلك، فيشهد أن فلاناً مات، ولم يحضر الموت، وكذلك النسب، وكذلك القاضى يولى المصر، ولا يحضر ولايته إلا بما سمع من الناس، وربما رآه يقضى بين الناس، فليشهد أنه كان قاضياً.

وقد يجوز أن يشهد قوم على امرأة أنها زوجة فلان إذا كان يحوزها بالنكاح، وإن كان تزويجه إياها قبل أن يولد الشهود، فهذه الشهادة أدخلها شيخنا في باب الشهادة على السماع لما كان السماع سببها، وإنما هي شهادة بالعلم، ولذلك لا يضيفها الشاهد إلى سماعه، وإنما هي شهادة بالعلم يضيفها إلى علمه.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن شرط شهادة السماع أن يقولوا: سمعنا سماعاً فاشياً من أهل العدل وغيرهم. قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا تصح شهادة السماع حتى يقول من أهل العلم وغيرهم. وقال ابن المواز: قالوا: ولا يسموا من سمعوا منه، فإن سموا، خرجت عن شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة، وقاله ابن القاسم وأصبغ.

فرع: ويجزئ في الشهادة على السماع رجلان، وما كثر أحب إلينا، قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك. قال ابن القاسم في المجموعة: إذا شهد رجلان على السماع، وفي القبيل مائة من أنسائهم لا يعرفون شيئاً من ذلك، فلا تقبل شهادتهم إلا بأمر يفشو، ويكون عليه أكثر من اثنين، إلا أن يكونا شيخين قد باد جيلهما، فتجوز شهادتهما.

فرع: وإذا قلنا إن شهادة السماع تختص بما تقادم من الزمان، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: تجوز في الخمس عشرة سنة ونحوها لتقاصر أعمار الناس، قاله أصبغ. وقال ابن القاسم عن مالك: لا تقبل في الخمس عشرة سنة شهادة على السماع إلا فيما تقادم.

فصل: وأما قوله: «ولا ظنين» فروى ابن مزين عن يحيى بن سعيد أنه المتهم الذى يظن به غير الصلاح. وقال ابن كنانة في المجموعة: هو المتهم، فكل من اتهم في شهادته بميل، لم يحكم بها، وإن كان مبرراً في العدالة إلا أن التهمة التى يتعلق بها، رد الشهادة على قسمين، أحدهما: لجر المال. والثانى: لدفع المعرة.



كتاب الأقضية ..... ١٧١

أما القسم الأول فى جر المال، فإنه على ضربين، أحدهما: أن يشهد لنفسه أو لغيره ممن يرغب فى كثرة ماله. والضرب الثانى: أن يشهد لمن يناله معروفه.

فأما من يشهد لنفسه، فلا يخلو أن تكون الشهادة له خاصة أو له ولغيره، فإن كانت الشهادة له خاصة، فهذا لا خلاف فى أن شهادته غير جائزة؛ لأن شهادته لنفسه هى مجرد الدعوى، ولا خلاف أنه لا يحكم لأحد بدعواه.

مسألة: وأما إن شهد فى حق مشترك بينه وبين آخر، فقال ابن وهب عن مالك، فى رجلين لهما مال على رجل، فشهد أحدهما بنصف المال لصاحبه: أن شهادته مردودة.

ووجه ذلك أنه إذا كان المال بينهما مشتركاً، فإن النصف الذى لشريكه غير متعين، ولو قبضه شريكه لساهمه فيه، فقد عاد الأمر إلى أنه شهد لنفسه، فإن اقتسما الحق قبل الشهادة، جازت شهادته، لأن ما شهد به ليس له فيه حق.

مسألة: ولو شهد شهادة فيها حق، فلا يخلو أن تكون وصية أو غير وصية، فإن كانت وصية، وكان له فيها مال كثير، لم تجز شهادته له ولا لغيره.

وإن كان يسيراً، فعن مالك فى ذلك، ثلاث روايات، إحداها: لا تجوز له ولا لغيره، وبهذا قال ابن عبدالحكم. والثانية لا يجوز له ويجوز لغيره، وبهذا قال ابن الماجشون. والثالثة، وهى رواية المدونة: يجوز له ولغيره، وبها قال مطرف.

وجه الرواية الأولى أنه شهد له بحق له فيه حظ، فلم تقبل شهادته كسائر الحقوق من غير الوصية.

ووجه الرواية الثانية أن التهمة إنما تختص به، ولا تهمة فى شهادته لغيره، فتبطل شهادته له، وتصح لغيره.

ووجه الرواية الثالثة أن كل شهادة لم تبطل بعضها تهمة، فإنه لا يبطل جميعها كما لو كانت الشهادة لغيره دونه.

فرع: فإذا قلنا بجوازها فى القليل، فكم القليل الذى يجوز فيه؟ ففى المدونة عن مالك فى شاهدين أوصى إليهما رجل، وأشهدهما فى ثلثه، أن ثلثه للمساكين، وثلثه لجيرانه، وثلثه لهما، وهذا يسير، ويجوز لهما ولغيرهما. قال محمد: معناه أن كل المال كثيراً مما له بال، فلا يجوز له ولا لغيره.

مسألة: فإن شهد غير وصية لحق له ولغيره، فالمشهور من مذهبنا: لا يجوز له ولا

١٧٢ ..... كتاب الأفضية

لغيره. وفي كتاب ابن المراز: من شهد بشهادة له فيها حق ولغيره، لم تجز شهادته إلا أن يكون الذى له يسير جدًا، وكذلك لم يتم عليه.

فإذا قلنا بالرواية الأولى، فالفرق بين هذا وبين الوصية إذا أجزناها، إن المتوفى متيقن انتقاله عن ملكه، ولا يدخل فى ملك الورثة إلا بعد سلامته من الوصية، ووقت انتقاله إلى الورثة وإلى الموصى له به واحد، وهو وقت وفاته، فلم تتناول الوصية إخراج شىء عن ملك متقرر.

وإنما تناولت توجهه إلى جهة مستحقة بعد زوال الملك عنه، وليس كذلك الدين، فإنما شهد به فى حال الحياة، وتقرر ملك المشهود عليه، فجاز أن يؤثر فى الوصية بالمال ما لا يؤثر فى الدين لضعف حال الملك المستحق عليه الوصية وفوته فى الدين، ولذلك لو شهد على ميت أنه أوصى لغير معينين لحكم الورثة، ولو شهد على حى أنه وهب ماله لغير معينين لما حكم عليه.

مسألة: وأما من يرغب فى كثرة ماله، فإن ذلك يكون على وجهين، أحدهما أن يرغب فى كثرة ماله للشفقة والقربة. والوجه الثانى: لما يختص بالشاهد من المنفعة. فأما الوجه الأول، فكشهادة الآباء للأبناء والأبناء للآباء.

وروى ابن نافع عن مالك فى المجموعة: أنه قال: ويدخل فى قول عمر: لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، شهادة الأبوين للولد، وأحد الزوجين للآخر، وهذا مذهب علماء الأمصار. وروى عن من لا يعتد بخلافه: تجوز شهادة الآباء للأبناء والأبناء للآباء. والدليل على ما نقوله حديث عمر هذا، وقد اتفق العلماء على تصحيحه والأخذ به، ولا نعلم بتهمة أقوى من كلف الآباء بالأبناء، ومحبة الأبناء فى الآباء، ولأن الإنسان إنما ترد شهادته لنفسه للتهمة، ومن الناس من تكون محبته لبنيه تربو على محبته لنفسه أو تقاربها، فيجيب أن لا تجوز شهادته. اهـ.

وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون: أنه لا تجوز شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه. ووجه ذلك أنه يتهم على أنه يريد استمالته ليستلحقه، والله أعلم.

مسألة: وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك، قال: الذى لا تجوز شهادتهم من ذى القربة: الأبوان والجد والجددة والولد وولد الولد من ذكور وإناث، وأحد الزوجين للآخر، وتجاوز شهادة من وراء هؤلاء من القربات، وهذا يقتضى جواز شهادة الأخ لأخيه وابن أخيه، وهى رواية ابن القاسم فى المدونة. وقال غيره من أصحابنا: لا تجوز على الإطلاق، وإنما يجوز على شرط.

كتاب الأقضية ..... ١٧٣

واختلف أصحابنا فى الشرط، ففى كتاب ابن المواز: لا تجوز شهادته له، إلا أن يكون مبرزاً، وقيل يجوز إذا لم تنله صلته. وقال أشهب: يجوز فى اليسير دون الكثير، إلا أن يكون مبرزاً، فيجوز فى الكثير.

وروجه ذلك أن قرابة الأبوة والبنوة أكد، والتهمة فيهم أقوى، وجرت العادة ببسط هؤلاء فى مال بعض، وكذلك الزوجة، فإن الزوج ينفق على الزوجة وينبسط فى مالها، والأخوة لا تبلغ ذلك المبلغ، ولا يخلو فى الأغلب من الإشفاق والحرص على الغنى، فلذلك روعى فى الأخوة أحد الشروط المذكورة، والله أعلم وأحكم.

وفى الموازية والمجموعة: لا تجوز شهادة القرابة والموالى فى الرباع التى يهتمون بجرها إليهم أو إلى بنيتهم اليوم أو بعده مثل حبس مرجعه إليهم أو إلى بينهم، قاله ابن القاسم، والله أعلم.

مسألة: ولا تجوز شهادة الرجل لابن امرأته ولا لأبيها، وكذلك المرأة لابن زوجها، قاله ابن القاسم وكذلك شهادة الرجل لزوج ابنته، ولا الزوجة ابنه، رواه عيسى عن ابن القاسم. وقول سحنون: ذلك جائز.

وجه قول ابن القاسم أن من لا تجوز شهادتك له، فلا تجوز شهادتك لمن لا تجوز شهادته لك؛ لأن التهمة قوية فى منافعه.

وروجه قول سحنون ما احتج به من أن من كان وفره وفر الشاهد وغناه غنى له، ردّت شهادته له؛ لأن التهمة قوية فى منافعه، وأما من ليس غناه غنى للشاهد، فإن شهادته له جائزة.

فصل: وأما من يرغب فى غناه لمنفعته، فالزوج والزوجة، والأب يجب على ابنه الإنفاق عليه أو أجبر ينفق عليه؛ لأن من نفقته عليه إذا شهد له جر إلى نفسه بذلك نفعا، والزوجة تنبسط فى مال زوجها، فتجر إلى نفسها بذلك نفعا.

فصل: وأما الضرب الثانى، وهو أن يشهد لمن يناله منه معروف، فإن ذلك على وجهين، أحدهما: أن يكون المعروف متكرراً معتاداً. والوجه الثانى أن يكون المعروف متعينا، فأما المعروف المعتاد، فإن اقترنت به القرابة كالأخ يكون فى عيال أخيه، أو تحت نفقته أو يتكرر عليه معروفه، فهذه تهمة توجب رد شهادته له.

وأما الصديق الملائف الذى يناله معروف من يشهد له، فعن مالك فى ذلك،

١٧٤ ..... كتاب الأقضية

روايتان، إحداهما: أن شهادته له مقبولة والثانية: أنها مردودة، فإن قلنا إنها مقبولة، فالفرق بينه وبين الأخ أن المعروف يقترن بالأخوة والقرابة، فتقوى التهمة.

وفى مسألتنا إنما هي مجرد المعروف، ولا يمنع ذلك قبول الشهادة؛ لأن الغنى وذا المعروف لو لم تقبل له إلا شهادة من لا يناله معروفه لردت له شهادات أكثر الناس، ولاقتضى ذلك منعه معروفه.

ووجه الرواية الثانية أن هذا ممن يناله معروفه، ويتكرر عليه، فلم يقبل له شهادة كالأخ.

مسألة: وأما المعروف المعين، فعلى ضربين، أحدهما: أن يكون مستداماً. والثاني: أن يختص بوقت الشهادة. فأما المستدام، فكشهادة العامل لرب المال.

قال سحنون فى العتبية وغيرها: إن كان شغل المال فى سلع، فشهادته له مقبولة، وإن كان عيناً، فشهادته مردودة. وروى عبد الملك عن الحسن عن ابن وهب فى العتبية: إن كان عيناً، فشهادته مقبولة، وإن كان معدوماً، فشهادته مردودة.

ووجه قول سحنون أنه إذا شغل المال لم يكن لصاحبه أخذه منه، فارتفعت التهمة، وما يتوقع من أخذه من يده فى المستقبل ضعيف فى التهمة لبعده الأمد وعدمه.

ووجه قول ابن وهب أن كون المال بيد العامل وجه لكسبه فيتهم فى شهادته، إن كان محتاجاً إلى بقائه بيده لفقده، وبعد التهمة مع غناه لاستغنائه عن ماله.

مسألة: فإن كان للمشهود له على الشاهدين، فقد قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون: إن كان غنياً، قبلت شهادته، وإن كان فقيراً، ردت شهادته.

زاد مطرف وابن الماجشون: أنه كالأسير فى يده، فإن كان الدين حالاً أو قد قرب محله، فهذا حكمه، وإن كان إلى أجل بعيد، فيجىء على مذهب سحنون أن شهادته له جائزة، وعلى قول ابن وهب: أن شهادته مردودة.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ومعنى الغنى عندى فى هذه المسألة أن لا يستضر بإزالة هذا المال عنه، فأما إن كان عنده وفاء به، ولا مال له غيره، فإنه فقير ترد شهادته؛ لأن الضرر العظيم يلحقه بتعجيل قبض الدين منه، وله منفعة عظيمة فى تأخيرها به، فكان ذلك يشبه قوته فى رد شهادته.

فصل: وأما يختص بوقت الشهادة، فإن يقصد حين أداء الشهادة إلى أن يعطيه أو

كتاب الأفضية ..... ١٧٥

يصله أو يهبه أو يحاييه فى بيع أو شراء، قال: هذا كله يوجب ردّ الشهادة للقريب والبعيد، وبالله التوفيق.

فصل: وأما القسم الثانى من التهمة لدفع المعرفة، فمثل أن يعدل الرجل ابنه وأباه، فهذا إذا لم يكن فى نقل الشهادة، فلا خلاف أن التعديل غير مقبول؛ لأنه مستجلب بشهادته الجاه والرفعة.

وأما نقل شهادة، فقد قال ابن الماجشون فى الواضحة والمجموعة: إن كان مقصوده نقل شهادة، ولو ابتغى تعديله من غير هذا الناقل لوجد ذلك، فإن التعديل مقبول، وإن كان يتعذر من غير هذا الوجه، فالتعديل مردود. وقال سحنون ومطرف: لا يجوز تعديله له بوجه.

وجه قول ابن الماجشون أن هذا التعديل إنما حقيقته الإعلام بخبره، فإذا كان مشهوراً بالصلاح والخير، يزكى من غير وجه، فلا تهمة تلحق فى ذلك.

وجه قول سحنون أن تعديل الأب ابنه لا يجوز؛ لأنه لا يجوز أن يشهد له بيسير المال، وما يوجد تعديله من الجاه والرفعة أكثر من المال، فبأن لا تجوز شهادته له به، فشهادته له أولى.

مسألة: وأما تعديل الأخ لأخيه الذى تقبل شهادته له فى المال، فقال ابن القاسم: يجوز تعديله، وهو فى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب: تعديله مردود. وجه القول الأول ما أشار إليه من أن من جازت شهادته له فى المال، جاز تعديله له كالأجنبى.

وجه الرواية الثانية أن تعديله به شرف وجاه يتعدى إليه بخلاف المال الذى هو مقصور على مالكه.

\* \* \*

### القضاء فى شهادة المحدود

١٣٨٤ - قَالَ يَحْيَى: عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَغَيْرِهِ أَنَّهُمْ سُئِلُوا عَنْ رَجُلٍ جُلِدَ الْحَدَّ أَتَجُوزُ شَهَادَتُهُ، فَقَالُوا: نَعَمْ إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ التَّوْبَةُ.

١٣٨٤ - ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٣٩٣.

١٣٨٥ - مَالِكٌ أَنَّهُ سَمِعَ ابْنَ شِهَابٍ يُسْأَلُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: مِثْلَ مَا قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور ٤ - ٥].

قَالَ مَالِكٌ: فَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ الَّذِي يُجْلَدُ الْحَدُّ ثُمَّ تَابَ وَأَصْلَحَ تَحُوزُ شَهَادَتُهُ، وَهُوَ أَحَبُّ مَا سَمِعْتُ إِلَى فِي ذَلِكَ<sup>(١)</sup>.

الشرح: قوله: «أنهم سئلوا عن رجل جلد، تجوز شهادته» لفظ عام في الحدود التي يجلد فيها من الزنا وقُرب الخمر والقذف، إلا أن إيرادها هنا يحتمل وجهين، أحدهما: أن يريد به حمله على عمومها، ثم يستدل على نوع منه بالنص، وهو في حد القذف، فيجعله لجميع الجنس.

والثاني: أن يريد القذف وحده، ويقصد ببيان حكمه بالآية التي أوردناها؛ لأنها خاصة في حد القذف، وكل ما يوجب الجلد حدًا يوجب التفسيق ويترتب عليه رد الشهادة؛ لأن الفسق ينافي قبول الشهادة، قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

فكل من قذف المحصنات، ولم يثبت ما قذف به، وجب عليه حد ذلك القذف، ووجب رد شهادته، والحكم بفسقه في الظاهر إلينا والله أعلم بحاله، فقد يكون صادقًا في قذفه أو مشتبهًا عليه في أمره.

مسألة: ومتى يحكم برد شهادته، اختلف أصحابنا في ذلك، فقال ابن القاسم وأشهب وسحنون من المجموعة وكتاب ابن سحنون: لا ترد شهادته حتى يجلد. وقال

١٣٨٥ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٥/٢٢.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٣٥/٢٢.

كتاب الأفضية ..... ١٧٧

عبد الملك فى الكتابين: ترد شهادته، إن عجز عن إثبات ما ادعاه، وحق عليه القذف، ولو تاب بعد ذلك لقبلت شهادته، قبل الجلد وبعده.

وجه قول ابن القاسم أنه إنما يتم الحكم عليه بكونه قاذفًا بأن يكمل الجلد، فأما قبل ذلك؟ فلو أقر المذوف، وثبت عليه ما قذفه به لسقط الجلد؛ لأن طريقه النكال، ويخرج بذلك عن أن يكون قاذفًا، وذلك يمنع التفسير به.

وجه قول ابن الماجشون أن الحكم عليه بذلك يتم بعجزه عن إثبات ما قذف به، والحد بعد ذلك تطهير له، فلا يتعلق به رد الشهادة كالكفارة.

مسألة: وأما ما يوجب النكال والتعزير دون الحد، فقال ابن كنانة فى المجموعة، فيمن كانت حاله حسنة، فوجب عليه نكال الشتم أو نحوه، فلا ترد بذلك شهادته.

وأما من ليس بمشهور العدالة إلا أنه مقبول، وأتى بالأمر العظيم مما فيه النكال الشديد، فلينظر فى هذا، وإنما يعرف هذا عند نزوله.

ومعنى ذلك أن منه ما ترد به الشهادة، ومنه ما لا ترد به الشهادة، فينظر فى ذلك عند وقوعه على قدر الشاتم، وقدر ما أتى به، وعلى حسب ذلك يعمل فى رد شهادته وإمضاها، وبالله التوفيق.

وقوله: «إن الأمر الذى لاختلاف فيه عندنا أن الذى جلد الحد ثم تاب، وأصلح حاله، تجوز شهادته» يريد أن ذلك مذهب أهل المدينة أن من جلد فى حد ووجب عليه من قذف أو غيره، ثم تاب وأصلح تجوز شهادته، ولا يمنع من ذلك ما تقدم من جلد، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا تقبل شهادته أبدًا.

والدليل على صحة ما نقوله ما احتج به من الآية، وهو قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤]، إلى ﴿رَحِيمٌ﴾ فاستثنى من تاب بعد ذلك، وذلك يقتضى أن من تاب، فإن هذه الأحكام كلها ترفع عنه إلا ما خصه الدليل؛ لأن الاستثناء متعقب لجمعها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن كان من أهل الفسق، فيعرف صلاح حاله بالإقلاع عن حال الفسق، والتزام أحوال العدالة، فإن كان من أهل العدل والصلاح، فالتزيد فيه حتى يعرف زيادة صلاح حاله.

١٧٨ ..... كتاب الأقضية

قال ابن كنانة فى المجموعة: إذا كان يعرف بالصلاح، فمعرفة ظهور التزديد يطول، وليس لمن كان معلناً بالسوء؛ لأن من عرف بالخير لا يتبين مزيدة فيه بالتزديد فيه.

وقال مالك فى المدونة: وقد كان هاهنا عمر بن عبد العزيز وكان رجلاً صالحاً، فلما ولى الخلافة ازداد خيراً وصلاحاً.

مسألة: وليس من شرط توبته ولا مؤثراً فى قبول شهادته، رجوعه عن قذفه، وإنما يعتبر فى ذلك بصلاح حاله، رواه ابن القاسم عن مالك فى المجموعة. قال: ولا يقول له الإمام: تب، ولو قال: تب، لم ينفعه ذلك. ولو قال: لا أتوب، لم يضره ذلك؛ لأن قول الإنسان: تب، لا يقبل منه، ولا ينقله عن حالة الفسق حتى يظهر من أفعاله ما يستدل به على ذلك.

وقال الشافعى: توبته تكذيبه نفسه، وبلغنى عن القاضى أبى الحسن نحوه.

وجه قول مالك أن هذه توبة من ذنب، فكانت بالاستغفار، والعمل الصالح كسائر الذنوب.

وجه القول الثانى أن المعصية إذا كانت بالأقوال، فإن التوبة منها بالقول، وتكذيب نفسه كالردة، لما كانت قولاً كانت التوبة منها بتكذيب قوله المتقدم.

فرع: إذا ثبت ذلك، ففى أى شىء تقبل شهادته؟ روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: تقبل شهادته فى كل شىء إلا فى القذف. وقال ابن كنانة فى المجموعة: من حد فى قذف أو زنى، قبلت شهادته فى القذف والزنا وغيره، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وجه القول الأول ما طبع عليه الخلق أن من كانت به وصمة أو تورط فى أمر، حرص أن يلحق ذلك بغيره من الناس ليساويه، وينفى عنه معرفة ذلك، فيهتم أن يشهد على غيره بما وافقه ليساويه.

وجه القول الثانى أن حكمنا بعدالته، ينفى مثل هذه التهمة عنه، فإذا قبلنا شهادته فى غير ذلك من الحدود، وجب أن تقبل شهادته فى القذف، وبالله التوفيق.

\* \* \*



### القضاء باليمين مع الشاهد

١٣٨٦ - قَالَ مَالِكٌ: عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ<sup>(١)</sup>.

١٣٨٦ - أخرجه الترمذى برقم ١٣٤٤ بسنده، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر كتاب الأحكام باب اليمين مع الشاهد. ابن ماجه برقم ٢٣٦٨، عن أبي هريرة كتاب الأحكام باب القضاء باليمين مع الشاهد ٧٩٣/٢. أحمد بالمسند ٣/٣٢٣، عن ابن عباس. وذكره فى مجمع الزوائد ٢٠٢/٤ وعزاه لابن ماجه، عن جابر.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٨/٢٥٥: هذا الحديث فى الموطأ، عن مالك مرسل عند جماعة رواه وقد روى عنه مسندنا، حدثنا حلف بن القاسم، قال: حدثنا محمد بن عبدالله القاضى، حدثنا حامد بن محمد بن هارون الحضرمى، حدثنا الحسين بن منصور الدباغ، حدثنا عثمان بن خالد المدنى العثمانى، حدثنا مالك بن أنس، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين».

هكذا حدث به عثمان بن خالد المدنى، عن مالك بإسناده هذا مسندنا والصحيح فيه، عن مالك أنه مرسل فى روايته. وقد تابع عثمان بن خالد العثمانى على روايته هذه فى هذا الحديث عن مالك إسماعيل بن موسى الكوفى فرواه أيضا، عن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر.

ورواه محمد بن عبدالرحمن بن رداد ومسكين بن بكير كلاهما، عن مالك، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن على أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد. والصحيح، عن مالك ما فى الموطأ. وروى أبو حذافة، عن مالك فى هذا الباب حديثا منكرا، عن نافع، عن ابن عمر عن النبى ﷺ. حدثناه خلف بن القاسم حدثنا الحسن بن على المطرز حدثنا أحمد بن الحسن بن هارون حدثنا أبو حذافة مالك، عن نافع، عن ابن عمر: «أن النبى ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وقد أسنده عن جعفر بن محمد جماعة حفاظ، وزيادة الحفاظ مقبولة، فممن أسنده عبيدالله بن عمر، وعبد الوهاب الثقفى، ومحمد بن عبدالرحمن بن رداد المدنى، ويحيى بن سليم، وإبراهيم بن أبى حية، ورواه ابن عيينة، عن جعفر بن محمد، عن أبيه مرسلا كما رواه مالك، وكذلك رواه الحكم بن عتيبة، وعمر بن دينار جميعا عن محمد بن على مرسلا، فأما حديث عبيدالله بن عمر فحدثناه عبدالرحمن بن عبدالله بن خالد، قال: حدثنا أبو الحسن على بن محمد بن أحمد بن لؤلؤ البغدادى، قال: حدثنا أبو الحسن على بن الحسن القافلانى، قال: حدثنا أبو همام عبدالله بن عبدالسلام، قال: حدثنا عبيدالله بن عبدالمجيد الحنفى، قال: حدثنا عبيدالله بن عمر، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبدالله، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» ورواه محمد بن عيسى بن سميع، عن عبيدالله بن عمر مثله سواء. وأما حديث الثقفى فحدثناه عبدالوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا أبو جعفر محمد بن داود بن سليمان النقرى، قال: =

«حدثنا مسدد، وعبدالله بن عبد الوهاب الحنبل، ومحمد بن المثنى أبو موسى، قالوا: حدثنا عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبد الله، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وحدثنا أبو عبدالله محمد بن إبراهيم بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب الرقي، قال: حدثنا أحمد بن عمرو البصري البزار، قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي، قال: حدثنا جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». وحدثني أبو عمر أحمد بن عبدالله بن محمد بن علي، قال: حدثنا الميمون بن حمزة الحسيني، قال: حدثنا أبو جعفر الطحاوي، قال: حدثنا المزني، قال: حدثنا الشافعي، قال: أخبرنا عبد الوهاب ابن عبد المجيد الثقفي، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وكذلك رواه جماعة، عن الشافعي منهم أحمد بن عمرو بن السرح، والحسن بن محمد الزعفراني، والربيع بن سليمان المرادي. وأما حديث يحيى بن سليم: فحدثني أحمد ابن محمد بن أحمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية بن عبد الرحمن، قال: حدثنا أبو يعقوب إسحاق بن أحمد البغدادي بمصر، قال: حدثنا إسحاق بن حاتم العلاف، قال: حدثنا يحيى ابن سليم، عن جعفر بن محمد بن أبيه، عن جابر بن عبد الله، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وروى هذا الحديث عن يحيى بن سليم، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي، عن النبي ﷺ وإنما شبه عليه لأن في الحديث عن جعفر بن محمد، عن أبيه، قال: «وقضى بها علي بين أظهركم يا أهل الكوفة». وأما حديث ابن رداد، فحدثني أبو إسحاق إبراهيم بن شاكر، قال: حدثنا محمد بن أحمد، قال: حدثنا محمد بن أيوب بن حبيب، قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار، قال: حدثنا بشر بن معاذ العقدي، قال: حدثنا بشر بن معاذ العقدي، قال: حدثنا محمد بن عبد الرحمن بن رداد، قال: حدثنا ابن محمد، عن أبيه، عن جابر، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». هكذا ذكره البزار وذكره الدارقطني علي وجهين، فقال: حدثنا أحمد بن المطلب، حدثنا القاسم بن زكريا المقرئ، حدثنا بشر بن معاذ، حدثنا محمد بن عبد الرحمن بن رداد، قال: أخبرني جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده، عن علي، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» هكذا قال عن أبيه، عن جده، عن علي وجعله له عن جعفر، قال: وحدثنا أحمد بن المطلب أيضا، قال: حدثنا القاسم بن زكريا، حدثنا بشر بن معاذ، حدثنا محمد بن عبد الرحمن، عن مالك، عن جعفر بن محمد مثله فجعله لابن رداد، عن مالك بإسناد واحد. وفي ذلك ما لا يخفى. وأما حديث إبراهيم بن أبي حية، فحدثناه أحمد بن محمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا إسحاق بن أحمد البغدادي بمصر، قال: حدثنا داود بن حماد البلخي، قال: حدثنا إبراهيم بن أبي حية، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر بن عبد الله، قال: «جاء جبريل إلى النبي ﷺ فأمره أن يقضى باليمين مع الشاهد» فهذا ما في حديث جعفر بن محمد وإرساله أشهر. وفي اليمين مع الشاهد آثار متواترة حسان ثابتة=

=متصلة أصحابها إسنادا وأحسنها حديث ابن عباس. وهو حديث لا مطعن لأحد في إسناده، ولا خلاف بين أهل المعرفة بالحديث في أن رجاله ثقات، رواه سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس. ورواه محمد بن مسلم الطائفي، عن عمر بن دينار، عن ابن عباس، وقال يحيى القطان: سيف بن سليمان ثبت ما رأيت أحفظ منه. وقال النسائي: هذا إسناد جيد سيف ثقة وقيس ثقة، حدثنا أبو عثمان سعيد بن نصر، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا زيد بن الحباب، قال: حدثني سيف بن سليمان المكي، قال: أخبرني قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

وحدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا محمد بن داود بن سليمان المنقري، قال: حدثنا أبو كريب محمد بن العلاء، قال: حدثنا زيد بن الحباب، عن سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وحدثني أحمد بن محمد، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا إسحاق بن أحمد، قال: حدثنا الحسن بن شاذان، قال: حدثنا بن الحباب، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» وأخبرنا أحمد بن عبد الله، قال: حدثنا الميمون بن حمزة، قال: حدثنا الطحاوي، قال: حدثنا المزني، قال: حدثنا الشافعي، وحدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثني عبد الرحمن بن الحارث، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد الواحد» قال عمرو: في الأموال خاصة. وأخبرنا محمد بن إبراهيم، وإبراهيم بن شاذان، قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أيوب الرقي، قال: حدثنا أحمد بن عمر البزار، قال: حدثنا داود بن سليمان الخزاز، قال: حدثنا عبد الله بن الحارث المخزومي، قال: حدثنا سيف بن سليمان، قال: حدثنا قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» قال أحمد بن عمرو: وحدثناه عبدة بن عبد الله ورزق الله بن موسى، قال: حدثنا زيد بن الحباب، قال: حدثنا سيف بن سليمان، عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، «أنه قضى باليمين مع الشاهد» قال أحمد بن عمرو بن دينار: في الأموال خاصة.

قال أبو عمر: خرج مسلم حديث ابن عباس هذا قال أبو بكر البزار: سيف بن سليمان، وقيس بن سعد ثقتان ومن بعدهما يستغنى عن ذكرهما لشهرتهما في الثقة والعدالة. وأخبرنا خلف بن سعيد، قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا أحمد بن خالد، وأخبرنا عبد الله بن محمد بن أسد، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم بن جامع، قال: حدثنا علي بن عبد العزيز، قال: حدثنا أبو حذيفة، قال: حدثنا محمد بن مسلم الطائفي، وذكر عبد الرزاق، قال: أخبرنا محمد بن مسلم =

١٨٢ ..... كتاب الأفضية

١٣٨٧ - مَالِك، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الْحَمِيدِ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ الْخَطَّابِ، وَهُوَ عَامِلٌ عَلَى الْكُوفَةِ، أَنْ أَقْضِيَ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ.

١٣٨٨ - مَالِكٌ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ أَبَا سَلَمَةَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَارٍ سُئِلَا: هَلْ يُقْضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ؟ فَقَالَا: نَعَمْ.

الشرح: وقوله: «أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» يحتمل والله اعلم معنيين، أحدهما: أنه لصحة ذلك. والثاني: أنه أنفذ القضاء بهما فيما شهد به الشاهد، استحلّف المدعى، وقضى له به، وعلى هذا عمل أهل الحجاز، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز القضاء باليمين مع الشاهد.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد» (\*) وهذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه. وقال أبو عبد الرحمن النسوي: هذا إسناد جيد.

---

=الطائفي، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، وعن النبي ﷺ أنه قضى باليمين مع الشاهد»  
ورواه أبو هريرة، عن النبي ﷺ: حدثنا أبو زيد عبد الرحمن بن يحيى، قال: حدثنا أبو محمد عبد الله ابن محمد بن العباس الفاكهي بمكة، قال: حدثنا أبو يحيى عبد الله بن أحمد بن أبي مسرة، قال: حدثنا أحمد ابن محمد الأزرق، قال: حدثنا الدراوردي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن سهيل ابن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة، وأن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد». قال الدراوردي: ثم أتيت سهيلاً فسألتها، عن هذا الحديث، فقالت: حدثني ربيعة، عني عن أبي هريرة أن النبي ﷺ. ثم ذكره.

قال أبو عمر: نسي سهيل حديثه هذا ثم حمله الورع على أن يحدث به عن ربيعة، عن نفسه ولم يمل إلى إذكاري ربيعة إياه بذلك، فكان يقول: حدثني ربيعة أني حدثته عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ بهذا الحديث، ولم يقل هذا عن سهيل أحد إلا الدراوردي في رواية بعض الرواة عنه فيما علمت وقد رواه جماعة حفاظ عن ربيعة لم يقولوا فيه ما قاله الدراوردي على أنه قد رواه جماعة عن الدراوردي فلم يذكروا ذلك، وقد عرض ذلك لجماعة من العلماء نسوا ما حدثوا به.

١٣٨٧ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٧٣/١٠. ومعرفة السنن والآثار ٢٠٠٤. وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٩٤.

١٣٨٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٩٥.

(\*) تقدم تخريجه في الحديث رقم ١٣٨٦

فإن قيل يحتمل أن يكون النبي ﷺ إنما حكم في ذلك بشهادة خزيمة بن ثابت الذي جعل النبي ﷺ شهادته وحده شهادة اثنين، ولذلك سمي ذا الشهادتين.

فالجواب أنه لا يصح هذا؛ لأن النبي ﷺ لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين، وهذا إذا ثبت حكم اختصاص بالنبي ﷺ كما اختص في أن يكون الحاكم، ويسمع البيئات فيما ادعى بين ذلك أن ما يشيرون إليه، لم يشهد فيه خزيمة بن ثابت للنبي ﷺ بأمر شاهده، وإنما شهد له بما سمع منه لعلمه بصدقه، وهذا لا خلاف في أنه لا يتعدى إلى غير النبي ﷺ، ولأن من يخالفنا في هذه المسألة لا يقول: إن النبي ﷺ حلف مع شاهد خزيمة بن ثابت.

وجواب ثان، وهو أنا لو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى إلى غير النبي ﷺ لم يجوز أن يقال أنه المراد بالحديث الذي احتججنا؛ لأنه إن كان النبي ﷺ جعل شهادته شهادة شاهدين، فلا معنى لليمين، وحديثنا يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد، وإن كان جعل شهادته لغيره من المسلمين، شهادة رجل واحد، فهو كغيره من الشهود.

فإن قيل يحتمل أن يكون النبي ﷺ قضى بيمين المطلوب مع شهادة المدعى، فبين بذلك أن الشاهد الواحد لا تأثير لشهادته.

فالجواب أن قوله: «قضى باليمين مع الشاهد» يفيد كونهما مما قضى به، وأن يكون قضى بكل واحد منهما، ولو كان ما قلتموه لقال باليمين مع وجود الشاهد، أو قضى باليمين، وردّ شهادة الشاهد.

وجواب ثان، وهو أن قوله: «باليمين مع الشاهد» ظاهره أنهما من جنبة واحدة، وعلى ما يتأولونه اليمين في غير جنبة الشاهد، فلا يقال فيها أنها معه، بل هى ناقصة به، ومبطللة لشهادته.

فإن قيل نحن نقول بموجب هذا في موضع، وهو أن يبيع رجل من رجل حيواناً، فيدعى المشتري به عيباً ينكره البائع، فإن المشتري يلزمه أن يأتى بشاهد من أهل الخير، يشهد له بذلك، فتقبل شهادته عندنا وحده، فإن ادعى البائع البيع بالبراءة، ولم يكن له بذلك بينة، حلف المشتري أنه ما اشترى على البراءة، فيحكم له بالرد بشاهده مع يمينه.

فالجواب أن الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد، وهذا ليس بشاهد، وإنما هو مخبر عن علمه، وكذلك لو كانت من العيوب التى يستوى الناس فى علمها، لم يقبل فى ذلك إلا شاهدان.

وجواب ثان، وهو أن الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد فى قضية واحدة، وما زعمتموه قضيتان ثبت بالشاهد عندكم وجود العيب، وثبت بيمين المشتري براءته مما ادعى عليه البائع من التزام البيع بالبراءة، وهاتان قضيتان قضى فى إحداهما بالشاهد، ولم يتعلق اليمين بها، وقضى فى الثانية باليمين، ولم يشهد الشاهد بها. ودليلنا من جهة القياس أن المدعى أحد المتداعيين، فجاز أن يثبت اليمين فى جنبته ابتداء كالمدعى عليه.

**فصل:** وما رواه عن عمر بن عبد العزيز وأبى سلمة وسليمان فى تصحيح القضاء باليمين مع الشاهد، والأمر به إظهار لاتفاق علماء المدينة وأئمتهم وأعلامهم على الحكم بذلك، والله أعلم.

قَالَ مَالِكُ: مَضَتْ السُّنَّةُ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، يَحْلِفُ صَاحِبُ الْحَقِّ مَعَ شَاهِدِهِ، وَيَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، أُحْلِفَ الْمَطْلُوبُ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَقُّ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ، ثَبَتَ عَلَيْهِ الْحَقُّ لِصَاحِبِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا كما قال أن صاحب الحق مع الشاهد، ويستحق حقه، إذا كان ممن يقتطع الحقوق بيمينه، وذلك أن المشهود له على ضربين، معين، وغير معين، فإن كان معيناً، فعلى ضربين، غير مولى عليه، ومولى، فإن كان غير مولى عليه، فإنه يحلف مع شاهده، ويستحق حقه الذى شهد له به، سواء كان مؤمناً أو كافراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى؛ لأنهم لما تساوا فى الملك والتصرف، وجب أن يتساوا فى الاستحقاق.

فرع: وأما المولى عليه، فعلى ضربين، صغير وكبير، فإن كان صغيراً، وانفرد بالحق قبل شاهده، واستحلف المشهود عليه، وهذا المشهور من مذهب مالك، وبه قال ابن القاسم، رواه مطرف وابن الماجشون عن مالك فى الواضحة.

وفى كتاب ابن المواز عن مالك: وإن كان وارث الميت صغيراً، وقف له حقه حتى يحتلم، ولم يذكر اليمين، وبهذا قال سحنون فى كتاب ابنه.

وجه القول الأول أن الصغير لما لم يكن من أهل اليمين، ثبت اليمين فى جنبه المدعى عليه كما لو شهد الشاهد لغير معين.

فوجه القول الثانى: أنه معين يرجى أن يزول المانع له من اليمين، فانتظر ذاك. أصله المغمى عليه.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٦٠/٢٢.

مسألة: فإذا قلنا يحلف المطلوب، فإذا حلف أبقي الحق عنده، سواء كان ثابتاً في الذمة أو معيناً حتى يبلغ الصغير، فيحلف مع شاهده، فيستحق حقه في الذمة، والمعين إن كان باقياً، فإن فات قيمته يوم الحكم به للصبي، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ.

ووجه ذلك أن الصغير لا يصح منه اليمين، فيحلف المطلوب، ويترك عنده الحق، فإذا بلغ الصبي وصار ممن يحلف حلف مع شاهده لما أمكنه ذلك وأخذ حقه.

فرع: فإن نكل الصبي بعد أن بلغ، فالمشهور من مذهب أصحابنا في الموازية والعتبية وغيرهما: أنه لا يحلف المطلوب؛ لأن يمينه بذلك قد تقدمت، وهذا مبني على أن يمين المطلوب يمين استحقاق بشرط أن لا يحلف المدعى.

فإن حلف كانت أولى من هذه اليمين لتقدمها في الرتبة عليها، وإنما قدمت هذه لضرورة توقف تلك، وإن لم يحلف المدعى، صحت يمين المطلوب، وصح الحكم له بها، وكان يحتمل أن يقال أن يمين المطلوب لتوقيف الحق بيده خاصة لما تعذرت يمين الطالب التي يتعجل بها حقه.

فإذا حلف الطالب أخذ حقه بشاهده ويمينه، فإن نكل حلف المطلوب يمين الاستحقاق، وقضى له، وإن لم يحلف قضى عليه بنكوله عن هذه اليمين؛ لأنه لو كانت يمينه أولاً يمين استحقاق؛ لوجب أن لا يبقى بعدها للمدعى يمين، ولوجب إذا نكل عنها أن لا ينفذ القضاء عليه بنكوله، ولا يحلف المدعى يميناً بعدها.

ولما كان إذا حلف بقى الحق بيده حتى يحلف المدعى، فإذا رشد المدعى، ونكل عن اليمين قضى بالحق للمطلوب، وعلم أنها يمين إبقاء الحق، إذا رشد، ونكل الطالب أن يحلف المطلوب يمين الاستحقاق، والله اعلم، وهذا الأصل متنازع فيه.

مسألة: فإن نكل المطلوب أولاً غرم، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن كنانة، وقاله ابن المواز، فإذا بلغ الصغير، فعليه اليمين، فإن حلف قضى له بحقه، وإن نكل، فقد روى ابن حبيب عن مطرف: أنه إن نكل المولى عليه والصغير بعد الرشد والبلوغ ردّ إلى المطلوب، ونحوه رواه ابن كنانة.

ووجه ذلك أنه لا يقضى له بشاهد واحد حتى يقترون به يمينه، فإن نكل لم يكن له شيء، ولا تردّ اليمين ثانية على المطلوب.

مسألة: ويحلف الصغير إذا كبر مع شاهده على البت. وقال ابن المواز: ولا يحلف حتى يعلم بالخبر الذى يتيقن له. وفى كتاب ابن سحنون متصل بقول مالك: أنه يحلف كما يحلف الوارث على ما لم يحضر، ولم يعلم، وهو لا يدري هل شهد له بحق أو لا، فيحلف معه على خبره ويصدق كما جاز له أن يأخذ ما شهد به الشاهدان من مال أو غيره، وهو لا يعلم ذلك إلا بقولهم.

وظاهر هذا القول يقتضى أنه يحلف على ما شهد به شاهده، وإن لم يتيقن ذلك، والصحيح عندى، وهو ظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه، أنه لا يحلف حتى يقع له العلم بالخبر المتواتر، سواء كان المخبر له عدلاً أو غير عدل، فحيث يحلف مع شاهده، إن لم يبلغ هذا الحد، امتنع من اليمين واستحلف المدعى عليه؛ لأنه لا يحل لأحد أن يحلف على ما لا يستيقنه.

فصل: وصفة اليمين أن يحلف على حسب ما شهد به الشاهد، فإن شهد له الشاهد بإقرار المدعى عليه، لم يكن له أن يحلف أن له عليه كذا، ولا أنه غصبه كذا، ولكن يحلف بالله لقد أقر له فلان بكذا، قاله محمد بن عبدالحكم، فإن كان المدعى عليه غائباً، زاد فى يمينه أن حقه عليه لباق، وما عنده به رهن، ولا وثيقة، ثم يقضى له بذلك.

مسألة: وإن كان المولى عليه كبيراً، فإن الذى فى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم: أنه يحلف مع شاهده بخلاف الصبى، فإن نكل، حلف المطلوب، وبرئ، وإن نكل، غرم.

قال أصبغ: كالعبد والذمى. وروى ابن حبيب عن مطرف: يحلف المطلوب، ويؤخر السفية، فإذا رشد، حلف مع شاهده، إن شاء، وقضى له، وإن أبى لم يكن له على المطلوب يمين.

وجه القول الأول أن هذا يلزمه الحدود والطلاق، فكان له أن يحلف ويستحق حقه كالرشيد.

وجه الرواية الثانية أن من لا يحلف فى دفع حق عن نفسه، فإنه لا يخلف فى استحقاقه كالصغير.

فرع: فإذا قلنا يحلف المطلوب أولاً، ويبقى الحق عنده، فإن نكل، أخذ منه الحق، فإذا رشد السفية، حلف، وقضى له، وإن نكل، رد إلى المطلوب وكذلك الصبى.



وجه ذلك أن نكوله يضعف حقه، ويجب قبض المال منه لحق السفية والصبي، فإذا أمكنت أيمانها برشد السفية، وكبر الصغير استحلفا مع شاهدهما، فإن حلفا، نفذ الحق لهما، وإن نكلا كان بمنزلة نكولهما أولاً، ورد إلى المطلوب؛ لأن نكوله أولاً، نقل اليمين إلى جنبه السفية والصغير.

وكان ذلك بمنزلة أن تحب اليمين على المدعى عليه، فينكل، فيرد اليمين على المدعى، فينكل بأنه يقضى للمدعى عليه بالحق، ولو روعى وجوب اليمين أولاً على السفية والصغير، وأن يمين المدعى عليه إنما كانت لتأخير أخذ الحق منه إلى أن يزول المانع من اليمين، فيحلف الرشيد والكبير مع شاهدهما، لوجب إن نكلا أن ترد اليمين على المطلوب، فإن حلف رد إليه الحق، لأن هذه اليمين هي اليمين التي تحب عليه بنكول الطالب مع شاهده، وإن نكل نفذ عليه الحكم بأنه عن يمين.

فرع: فإذا قلنا يحلف السفية مع شاهده حال سفهه، فإنه إن حلف قبض ما استحقه بيمينه، الناظر له. قال الشيخ أبو إسحاق: والاختيار أن يحلف، ويقبض ما حلف عليه، فإذا صار إليه قبضه منه من ينظر عليه؛ لأنه لا يستحق بيمينه شيئاً إلا من له قبضه.

فرع: وإن نكل، حلف المطلوب، وبرئ، ولا يمين على السفية إذا رشد، وكذلك البكر المولى عليها، رواه سحنون عن ابن القاسم. وقال ابن كنانة: لها الرجوع إلى اليمين، وإن كان الغريم قد حلف أولاً.

وجه قول ابن القاسم أن من وجبت عليه يمين، فنكل عنها، وحكم باليمين على المطلوب لنكوله، فإنه لا يرجع عليه باليمين كالرشيد.

وجه قول ابن كنانة أن السفية محجور عليه لا يقبل إقراره، ولا يجوز عليه، فكذا نكوله كالصغير.

فصل: وإن كانت الشهادة لغير معينين، ولا يحاط بعددهم مثل أن يشهد شاهد بصدقة لبنى تميم أو للمساكين أو في سبيل الله، فقد قال ابن القاسم وأشهب: لا يحلف هذا الشاهد، ولا يستحق بشهادته حق.

وجه ذلك أنه لا يتعين مستحق هذا الحق، فيحلف معه؛ لأن، كل من يحلف مع شاهده يجوز أن يخرج عن هذا الحق، ويصرف إلى غير ملكه وقبضه، وإنما يحلف في الحقوق من يستحق بيمينه الملك أو القبض، ويطلب منه إن نكل.

١٨٨ ..... كتاب الأقضية

مسألة: فإن كان الحبس لغير معينين، إلا أنه يحاط بعددهم، وأضيف إليهم من لا يخصى أن يقول: حبست هذا الملك على واد زيد وعقبهم، ففي كتاب ابن المواز: الذى يقول أصحابنا: إن كل حبس مسبل ومعقب، فلا يصح فيه اليمين مع الشاهد.

وروى ابن الماجشون عن مالك: إذا حلف الرجل منهم نفذت الصدقة لهم ولغيرهم، وغائبهم ومولودهم، ثم ذكر الشيخ أبو محمد بعد الكلام فى المجموعة: أن ابن وهب ومطرفاً وابن الماجشون رواها عن مالك: أنه يحلف مع أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد، ويثبت حبساً له، ولجميع أهلها. فالظاهر عندى أن هذه الأقوال هى فيمن ذكر بحصر عدده.

وقد قال المغيرة فى المجموعة: إذا كانت الشهادة لمعين وغير معين، مثل أن يشهد الشاهد أن فلاناً حبس على فلان، وعلى عقبه، فإنه يحلف مع شاهده، ويحق الحق له، ولمن يأتى بعده بغير يمين.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن عدد الشهود وجنسهم يترتب على مراتب الحقوق، وذلك على ستة أضرب، فيثبت الزنى بأربعة شهداء.

والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿وَاللّٰتِى يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِّسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمُ﴾ [النساء: ١٥]، وقوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

فرع: وأما الشهادة على الشهادة، فقد اختلف فيها العلماء، فروى مطرف عن مالك فى الواضحة: لا يجزئ فى ذلك إلا ستة عشر رجلاً، أربعة على شهادة كل واحد.

وقال ابن الماجشون: إذا شهد أربعة شهود على كل واحد من شهود الأصل، جازت شهادتهم، فإن تفرقوا، جاز أن ينقل شهادة كل واحد اثنان حتى يصيروا ثمانية.

وذكر القاضى أبو محمد: أن فى ذلك روايتين إحداهما: أن يشهد شاهدان على شهادة أربعة. وقيل: لا يكفى إلا أربعة، وإنما الروايتان على ما قدمنا والله أعلم. وقد قال ابن المواز: إذا شهد اثنان على شهادة أربعة، حدا.

وجه رواية مطرف عن مالك أن الشهادة فى الزنا مغلظة بالعدد، واختصت بذلك، فلذلك اختصت بأن لا تنقل عن شاهد لا من لا ينقل عن غيره؛ لأنه لا يتغلظ نقلها من جهة العدد إلا بهذا الوجه.

فرع: وإذا قطع اللصوص على رفقة، فشهد عليهم منها قوم، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن المغيرة وابن دينار: لا يجوز منهم أقل من شهادة أربع في القطع وأموال الرفقة، غير الذين شهدوا، ولا تجوز شهادتهم لأنفسهم.

وقال مطرف: شهادة اثنين جائزة في القطع، وفي أموالهم وأموال غيرهم، وإن لم يجز في المال، لم يجز في القطع، وقاله مالك، ولا يقبل بعض ويترك بعض.

وروى أصبغ عن ابن القاسم: تجوز شهادة عدلين منهم في القطع وفي أموال غيرهم، وإن لم يجز في المال، لم يجز في القطع. وقال غيره: وأموال الرفقة دون أموالهما، إلا أن يكون ذلك يسيراً، فيجوز ذلك لهم، ويغرم، كقول مالك في الوصية، وإن أكثر ما لهما لم يجز في القطع لما لهما ولا لغيرهما.

مسألة: وأما الضرب الثاني، فشاهدان من الرجال، فيما يختص بجميع البدن من الطلاق والعق والرشد والسفه وقتل العمد. قال القاضي أبو محمد: وكتاب القاضي إلى القاضي لا يثبت إلا بشاهدين أنه أشهدهما بما فيه، رواه ابن وهب عن مالك في كتاب سحنون.

وجه ذلك أنه حق من حقوق الأبدان يطلع عليه الرجال.

فرع: وأما ترشيد السفية، فقد قال أصبغ: لا يجوز في ذلك شهادة رجلين حتى يكون ذلك فاشياً، ويجوز إفشاء ذلك بشهادة النساء، وقد اختلف في شهادتهن.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ومعنى ذلك عندي والله أعلم، أن إنفاذ الرجلين بمعرفة ذلك من حاله يبعد، ويترتب مع كونه متصرفاً بين الناس، ولا سيما أهل الثقة والصلاح، فإن الرشيد يقصد بمجالسته ومداخلته، ولو قل ذلك لعرف حاله النساء من جيرانه وأهل بيته ومن يداخلهم، فإذا فشا ذلك بشهادة النساء، جاز، وإن لم يوجد علم ذلك عند أحد غير الرجلين مع ما يلزم من ظهور ذلك وفشوه، لم تصح الشهادة.

قوله: وقد اختلف في شهادة النساء في ذلك.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: ظاهره عندي جواز شهادة النساء في ذلك على غير وجه الفشو والظهور، وذلك بأن تجوز منهن شهادة امرأتين في رجل في ترشيده الموجب لرفع ماله؛ لما كان مقصود الشهادة المال كشهادتهن مع رجل في الوكالة، وعلى شهادة رجل في المال.

١٩٠ ..... كتاب الأقضية

مسألة: والضرب الثالث شهادة امرأتين فى الأموال والعقود التى تختص بالأموال، فأما العقود التى لا تختص بالأموال، ولكن مقصودها المال كالوكالة على المال والوصية بالنظر فيه، فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب: يثبت بشهادة رجل وامرأتين.

وقال ابن الماجشون وأشهب: لا يثبت إلا بشهادة رجلين. وقال مالك من رواية ابن وهب: يجوز نقل رجل وامرأتين بشهادة رجل، وقاله أشهب. قال أصبغ: معناه عندى فيما يجوز فيه شهادة شاهد وبعين.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لم يقل ذلك مالك، ولا أحد من علمائنا فى الوكالة، ولا نقل الشهادة، ولا فى إسناد الوصايا ولا أجزئها.

وجه ذلك أن هذه شهادة مقصودها المال كالبيع.

وجه القول الثانى ما احتج به سحنون من أنى لو أجزت شهادة امرأتين ورجل فى الوكالة؛ لأجزت فيها مثل هذا وبعيناً.

مسألة: والضرب الرابع: الشاهد واليمين، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى. والضرب الخامس: ما لا يطلع عليه الرجال، فيثبت بشهادة امرأتين كالولادة، والحمل، وعيوب الفرج، والاستهلال، والرضاع، فإذا شهدت امرأتان على استهلال الصبى، فالظاهر من مذهب مالك وابن القاسم، أن شهادتهما جائزة.

وقال سحنون فى العتبية وغيرها: إنما تجوز شهادتهما على ذلك إذا بقى بدن الصبى حتى يشهد الرجال بالنظر إليه ميتاً؛ لأن البدن لا يفوت، والاستهلال يفوت.

وأما شهادة امرأتين على أن المولود ذكر، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: ما أراه إلا وسيكون مع شهادتهما، يعين. قال ابن القاسم فى كتاب ابن سحنون: لأن شهادتهما على ما قال أصبغ عنه فى العتبية، والقياس أن لا تجوز؛ لأن ذلك يصير نسباً قبل أن يصير مالاً، ويرث بأدنى المنزلتين إلا أن يخاف أن لا يبقى إلى أن يحضره الرجال، فتجوز شهادتهما فيه.

وروى أشهب عن مالك فى كتاب ابن سحنون: شهادتهما لا تجوز فى أنه ذكر، وأخذ به أشهب.

قال سحنون: القول قول أشهب، لأن الجسد لا يفوت، والاستهلال يفوت. قال سحنون: إلا أن تكون الولادة بموضع لا رجال فيه، ويخاف على الجسد إن أخر دفعه، فتجوز شهادة النساء حيثئذ كما قال ابن القاسم.

فرع: إذا شهد رجل وامرأة على استهلال الصبي، لم تجز شهادتهما، وبه قال ابن الماجشون وابن عبدالحكم وأصبغ، وذلك لارتفاع الضرورة بحضور الرجال، فتسقط شهادة المرأة، ولا تتم الشهادة برجل واحد. قال ابن حبيب: وقد سمعت من أرضى من أهل العلم يميز ذلك، ورآه أقوى من شهادة امرأتين، وهو أحب إلى.

فصل: ويلحق بهذا فصل اختلف فيه، هل هو من باب الشهادة أو من باب الفتوى والخبر، كالقائف، ففي العتبية عن سحنون: لا يقضى بقائف واحد؛ لأنه يلحق به نسب، ويكتب إلى البلدان، وينتظر أبدًا حتى يضم إليه آخر، وقاله ابن القاسم وابن نافع عن مالك. وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم: أن شهادة القائف الواحد مقبولة.

ومعنى ذلك عندي أن من جعله من باب الشهادة، لم يقبل فيه إلا قول اثنين ممن تجوز شهادتهما بالنسب، ومن جعله من باب الفتوى والخبر، قبل فيه قول واحد، ويلزم عندي على هذا أن يقبل فيه قول العبد والمرأة، وهو الأظهر، إذا سأل الحاكم الحاكم عن علمه لذلك.

ومن ذلك الترجمة لقول الخصم إذا لم يفهمه الحاكم أو لم يفهم أحدهما، فقد قال مطرف وابن الماجشون: يجزئ الواحد العدل، والاثنان أحب إلى، والمرأة العدة تجزئه في ذلك، إذا كان مما تقبل فيه شهادة النساء.

قال سحنون في كتاب ابنه: لا تقبل ترجمة النساء، ولا ترجمة واحد، وهذا يجزى على ما تقدم من اختلافهم في أمر القائف، غير أن اشتراط ابن الماجشون ومطرف في قبول الترجمة من النساء: أن يكون ذلك مما يقبل فيه شهادة النساء، فيه نظر.

وذلك أن من عبر من أصحابنا عن ذلك بالشهادة، وقد قبل فيه الرجل الواحد والمرأة، فإنما هو تجوز في عبارة. وقد قال مالك وأصحابه: لا تقبل امرأة واحدة في شيء من الأشياء.

وإذا كان من باب الخبر والفتوى، فيجب أن يقبل فيه قول المرأة الواحدة في كل شيء، وإنما يعتبر في ذلك العدالة كما يعتبر في المفتى والراوى للحديث.

وأما عيوب النساء والعبيد وغير ذلك، فقد قال ابن الماجشون في الواضحة: يأمر الحاكم من يثق بنظره وعلمه بالعيب أن ينظر إليه، ويأخذ فيه بخبره وحده، ويقول الطبيب، وإن كان غير مسلم؛ إذا ليس من باب الشهادة، ولكنه علم يؤخذ ممن يبصره من مرضى أو غير مرضى، وهذا ما كان المختبر حاضرًا.

فإن غاب أو مات، انتقل إلى باب الشهادة عند ابن الماجشون، فقال: لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، قال: فإن كان مما لا يطلع عليه الرجال، قبل فيه خبر امرأة واحدة، فإن غابت الأمة أو ماتت، لم يقبل في ذلك إلا شهادة امرأتين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والضرب السادس: ما لا تعتبر فيه العدالة، وهو شهادة أهل الرفقة بالتوسم، وشهادة الصبيان فيما لا يحضره غيرهم غالباً من الجراح والقتل. قال الشيخ أبو القاسم: لا تجوز شهادة النساء بعضهم على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال. وقال بعض أصحابنا: تجوز شهادتهن في ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان.

فصل: وقوله: «فإن أبى أن يحلف سقط، وأحلف المطلوب» يريد أن اليمين تنتقل من جنبه من له أولاً، لنكوله عنها إلى جنبته الأخرى، فإن ثبت أولاً في جنبه المدعى لقوتها بشاهد يشهد له، فنكل عنه انتقلت إلى جنبه المدعى عليه، وإن ثبتت أولاً في جنبه المدعى، فنكل انتقلت إلى جنبه المدعى.

فصل: «فإن حلف، سقط عنه الحق، وإن أبى أن يحلف، ثبت عليه الحق لصاحبه» يريد أن اليمين إذا انتقلت إلى المدعى عليه حين نكل المدعى عن اليمين مع شاهد، فإن المدعى عليه إن حلف سقطت عنه الدعوى؛ لأن يمينه إنما هي لذلك، وإن أبى أن يحلف، ثبت عليه الحق؛ لأن جنبته تضعف حينئذ بنكوله، فلا ينتقل بمجرد الدعوى عليه إلى إثبات الحق عليه. وقال الشافعي: لا يحكم بنكوله مع شاهد الدعوى.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن النكول بسبب مؤثر في الحكم، فوجب أن يقضى به مع الشاهد كيمين المدعى، ومعنى تأثيره أن اليمين تنتقل بنكول المدعى عليه إلى جنبه المدعى، فيحلف، ويستحق.

ووجه آخر، وهو أن من انتقلت إليه اليمين من خصمه، فنكل عنها، وجب القضاء عليه كاللذين لا بينة بينهما.

مسألة: فإن نكل من شهد له الشاهد بحق، فردت اليمين على المطلوب، فحلف، ثم وجد الطالب شاهد آخر، فروى ابن المواز أنه لا يضم له إلى الأول، ورواه يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم. وروى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم وابن الماجشون عن مالك: أنه يضم له إلى الأول، ويقضى له به.

قال ابن كنانة: هذا وهم، وقد كان يقول: لا يضم إلى الأول، وإنما هو في المرأة تقيم شاهداً على طلاق، فيحلف الزوج، ثم تجدد شاهداً آخر أنه لا يضم إلى الأول؛

كتاب الأقضية ..... ١٩٣

لأنه لم يوجد منها نكول، وقاله ابن الماجشون. وقال أصبغ بقول مالك: يضاف له الشاهد الثاني إلى الأول في الحقوق كما لو لم يقيم شاهداً، فيحلف المطلوب، ثم يصيب الطالب بينته أنه يقوم بها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن هذه المسألة مبنية على المسألة التي احتج بها أصبغ، ولا خلاف فيها كالخلاف في هذه.

فرع: فإذا قلنا لا يضم الشاهد الثاني إلى الأول، ففي كتاب ابن المواز: يؤتف له الحكم فيحلف مع شاهده. وقال ابن كنانة: لا يحلف مع الشاهد الثاني؛ لأنه ترك حقه بالنكول، ونحوه روى يحيى بن يحيى وابن الماجشون عن ابن القاسم.

فإذا قلنا يحلف، فنكل ثانية، ففي الموازية: ترد اليمين ثانية على المطلوب؛ لأن اليمين الأول إنما سقط بها شهادة الشاهد الأول. وقال ابن ميسر: لا ترد اليمين على المطلوب ثانية؛ لأنه قد حلف على الحق مرة.

مسألة: ويقضى باليمين مع شهادة امرأتين خلافاً للشافعي. والدليل على ما نقوله أن شهادة المرأتين شهادة قبلت في الشرع مع شهادة رجل، فجاز أن يقضى بها مع اليمين.

قَالَ مَالِكٌ: وَإِنَّمَا يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً وَلَا يَقَعُ ذَلِكَ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحُدُودِ، وَلَا فِي نِكَاحٍ، وَلَا فِي طَلَاقٍ، وَلَا فِي عَتَاقَةٍ، وَلَا فِي سَرِقَةٍ، وَلَا فِي فُرْيَةٍ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: فَإِنَّ الْعَتَاقَةَ مِنَ الْأَمْوَالِ، فَقَدْ أَخْطَأَ لَيْسَ ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ عَلَى مَا قَالَ؛ لَحَلَفَ الْعَبْدُ مَعَ شَاهِدِهِ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ أَنَّ سَيِّدَهُ أَعْتَقَهُ، وَأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى مَالٍ مِنَ الْأَمْوَالِ ادَّعَاهُ، حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ، وَاسْتَحَقَّ حَقَّهُ كَمَا يَحْلِفُ الْحُرُّ<sup>(١)</sup>.

الشرح: قوله: «وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة»، قال سحنون في كتاب ابنه: يقضى باليمين مع الشاهد في المال المعين، وغير المعين بما ثبت في الذمة. قال ابن وهب عن مالك: في الأموال الجسيمة من الذهب والورق والحائط والرقيق.

قال ابن سحنون عن أبيه: وفي الغصب والبيع والهبة وأرش الجناية مما تحمله العاقلة، وما لا تحمله، وفي إبراء من هو عليه ومصالحته، وقبضه، وفي التبري من عيب الرقيق

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٦٠/٢٢.

١٩٤ ..... كتاب الأقضية

وإقرار من يشهد به شاهدان بمال أنهما شهدا بباطل. ومعنى ذلك أن الشهادة باشرت المال، والعقود المختصة بالمال.

مسألة: فإن تعلقت الشهادة بالعقود التي لا تختص بالمال، ولكن المقصود منها المال كالشهادة على حكم قاض، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: لا يثبت كتاب قاض إلى قاض بشاهد ويمين، وإن كان في مال. وقال مطرف: يحلف مع شاهده ويثبت له القضاء.

وجه قول عبد الملك أن هذه شهادة لا تختص بالمال، ولكن المقصود منها المال كالشهادة على النكاح.

وجه قول مطرف أن هذه شهادة مقصودها المال، فأشبهت البيع.

مسألة: وأما الجراح، فقد اختلف أقوال شيوخنا فيها، ففي المجموعة وغيرها إطلاق قولهم: لا يجوز الشاهد واليمين إلا حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين.

وقال سحنون: أصلنا أن كل ما جاز فيه شاهد ويمين، جازت فيه شهادة النساء، وكل ما لا يجوز فيه شاهد ويمين، لم تجز فيه شهادة ويمين النساء، وتقدم من القول أن الشاهد واليمين إنما يجوز في المال.

وقد قال في المجموعة ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب: تجوز شهادة النساء في خطأ القتل والجراحات. قال أشهب: وفي العمد الذي لا قود فيه، وإن لم يكن معهن رجل حلف المجروح، واستحق دية جرحه.

وجه ذلك أن هذه شهادة إنما يجب بها المال، وبه فثبتت بشاهد ويمين كالشهادة بالبيع، واختلف في جراح العمد، فروى في العتبية سحنون عن ابن القاسم: لا تجوز شهادة النساء في ذلك.

وروى في المجموعة وكتاب ابنه: أن قول ابن القاسم اختلف في ذلك. وقال ابن الماجشون وسحنون: يجوز في ذلك شهادة النساء.

وجه القول الأول إن هذه شهادة لا يجب بها مال، ولا تتعلق به، فلم يثبت بشهادة النساء مع الرجال كالشهادة بقتل العمد.

وجه القول الثاني أن هذا حق آدمي لا يتعلق بتفويت نفس ولا ملك منافعها، فأثبتت الشهادة بالبيع والإجارة.



كتاب الأقضية ..... ١٩٥

فرع: وإذا قلنا تجوز في جراح العمد، فقد قال عبد الملك في المجموعة والواضحة: يجوز فيما صغر منها كالموضحة والإصبع ونحو ذلك مما يؤمن على النفس، ولا يجوز فيما يخاف منه تلف النفس.

وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه: اختلف قول ابن القاسم في شهادة النساء فيما دون النفس، قال: والذي رجع إليه ابن القاسم أن ذلك لا يجوز، ولا يعجبني.

وجه قول ابن الماجشون وسحنون أن الشهادة معتبرة بما يثبت بها، ووجدنا التخليط في الشهادة من جهتين، من جهة العدد، وله أقل وأكثر، ومن جهة الذكورة، فلما أن كان الزنا يتعلق به سفك الدم، وإتلاف حرمة العرض، وتدخل به المعرة على الأهل والقرابة، تغلظ بالوجهين بأكثر العدد، والذكورة.

ولما كان قتل العمد يتعلق به سفك الدم خاصة، تعلق بأقل العددين، والذكورة، ولما كانت الأموال أقلها رتبة لم يتعلق بذكورة، ولا عدد، فيثبت بشهادة رجل وامرأتين وباليمين مع شاهد واحد، ووجدنا الجراح تنوع نوعين، فمنها ما يصغر ويقل خطره، ويؤمن تعديه إلى النفس غالباً، فلم يدخله التخليط، وثبت بما تثبت به الأموال، ومنها ما عظم وعظم خطره ويخاف تعديه إلى النفس، فدخله التخليط الذي حصل في القتل لما يخاف أن يكون سبباً إليه.

وجه قول ابن القاسم أن الشهادة بما دون النفس شهادة بجراح لا تتناول النفس، ولا سفك الدم، فثبت بشهادة رجل وامرأتين، وبشهادة رجل ويمين. أصل ذلك ما صغر من الجراح، ويحتمل عندي أن يكون ابن القاسم يرى الاحتياط في إثبات القتل والجراح بالشاهدين واليمين، كما يرى ذلك إثباتها بشهادة الصبيان، وإنما تغلظ النفس بعدد الأيمان والخالفين، ولذلك اعتبر العدالة والذكورة في الشاهد بالقتل، والله أعلم.

فصل: وقوله: «وإنما يكون ذلك في الأموال خاصة دون الحدود والنكاح والطلاق والعق والسرقة والفدية» يريد أن اليمين مع الشاهد يحكم بها في الأموال، ولا يحكم بها في المعاني التي نص عليها من الحدود والسرقة والفدية. زاد ابن حبيب عن مطرف عن مالك: والشرب.

قال مالك في الموطأ: وكذلك الطلاق والنكاح والعق، وإنما لم يقض باليمين مع الشاهد في الحدود؛ لأنها من حقوق الله تعالى وما كان من حقوق الله تعالى لم يتصور فيه القضاء باليمين مع شهادة المستحق.

١٩٦ ..... كتاب الأقضية

وأما النكاح والطلاق والعتق، فإنها من حقوق الله تعالى، وما تعلق بها من حقوق  
الآدميين كالنكاح والرجعة، فهو حق يتعلق بجميع البدن كالقصاص فى القتل، ولا  
يثبت باليمين مع الشاهد هلال صوم ولا فطر ولا حج؛ لما تقدم، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالفرية، وهى القذف بالزنا، لا تثبت على القاذف بشاهد  
ويعين. وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فى العتبية والمجموعة: أنه يحلف له ما  
قذفه، فإن نكل، سجن له أبداً حتى يحلف. وروى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية: إن  
طال سجنه خلى سبيله، ولا ضرب عليه، وتوجيه ذلك يأتى فى حكم الشاهد بالطلاق  
والعتق، إن شاء الله.

مسألة: وإن أقام شاهداً أن فلاناً شتمه؟ قال أشهب عن مالك: لا يقضى فى هذا  
بشاهد ويعين، ولكن إن كان الشاتم يعرف بالسفه والفحش، عرز. قيل أفهل  
الشاطم يمس؟ قال: نعم، وعسى به أن أراه، وليس كل ما رأى المرء أن يؤجلوه سنة  
روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: يقضى باليمين مع الشاهد فى المشاتمة دون  
الحد.

ووجه ذلك أنه حق يستوفى منه لا يوجب حرمة، وهو حق الآدمى، فثبت بالشاهد  
واليمين كالمال.

مسألة: وإن شهد شاهد أنه سرق، لم يقطع يده، ويحلف صاحب المتاع مع شهادة  
شاهده، ويستحق عليه رد ما سرق، وإذا شهد عليه شاهد أنه شرب خمرًا لم يحد. وأما  
النكاح، فإن شهد بعقد نكاح لم يثبت حكمه، ولا يجب اليمين به على من ادعى عليه  
النكاح، ولو ثبت النكاح، وجعل الصداق، ثبت قدر الصداق بالشاهد واليمين، لأنه  
حكم فى مال.

مسألة: وأما الطلاق والعتق، فإن ادّعت المرأة على زوجها والأمة على سيدها، فلا  
يعين على السيد ولا الزوج. قال مالك: ولا يأتيتها زوجها إلا مكرهه. قال ابن القاسم:  
والأمة كذلك، وإن استطاعت أن تفتدى الزوجة بجميع مالها، تفعل.

ووجه ذلك أنها تعتقد الزنا فى وطئها، فلا يحل لها ذلك، إلا بالإكراه الذى لا  
تستطيع دفعه، وإذا أمكنها أن تفتدى منه بجميع ما تملك، لزمها ذلك كالتى تكون على  
الزنا.

مسألة: وإن شهد شاهد بطلاق أو عتق، فقد قال مالك: يحلف الزوج والسيد، إن

كتاب الأقضية ..... ١٩٧

أنكر، فإن حلف، لم يلزمه شيء من الطلاق، ولا العتق، فإن نكل، ففى ذلك عن مالك روايتان. قال ابن القاسم: كان مالك يقول: تطلق الزوجة، ويعتق العبد عليه، وبهذا قال أشهب، ثم رجع، فقال: يحبس، وهو الذى يختاره ابن القاسم وأكثر أصحابنا.

وجه القول الأول، أن كل من لزمته يمين، فإن نكوله لا يوجب ردها، فإنه يوجب الحكم عليه، وإلا فلا فائدة فى إلزامها إذا كان الامتناع منها، يبطل حكمها.

وجه آخر، أن هذا نكل عن يمين وجبت عليه لإبطال شهادة شاهد، فوجب أن يحكم عليه بما شهد به الشاهد كما لو ردّت عليه فى الأموال.

وجه القول الثانى ما احتج به ابن المواز بأنى لو حكمت عليه لحكمت بشاهد بغير يمين، فيكون ذلك أقل حالاً من المال، ومعنى ذلك أن هذا الشاهد ليس ممن يجب أن ينفذ عليه بشهادته ما شهد به بوجه، لو اقترنت شهادته بيمين المدعى، فاليمين يوجب شهادته بمنزلة اليمين التى توجبها الدعوى فى الأموال، وليست بمنقولة إليه عن جنبه من كان يحكم له بيمينه، فيحكم عليه بنكوله، وإنما هى للاستظهار، وإذا نكل عنها، لم يحكم عليه بها عن مالك أنه نكل.

فرع: فإذا قلنا إنها تطلق عليه بالنكول، فقد روى أشهب عن مالك أنه إن نكل، ثم أراد أن يحلف، فإنه ليس له ذلك وكذلك العتق.

وجه ذلك أن النكول تضعف جنبته، ويقوى دعوى المدعى عليه الطلاق، فإذا نكل فقد أقر من ضعف جنبته بما يوجب الحكم عليه، فليس له الرجوع عن ذلك.

فرع: وإذا قلنا إنه يحبس، فقد روى عن مالك أنه يحبس أبداً حتى يحلفوا، واختاره سحنون ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع فى الطلاق والعتق. وقال ابن القاسم: يحبس حتى يطول عليه وتطلق، والطول سنة.

وجه القول الأول أنه إنما سجن ليحلف، فلا يخرج عن السجن إلا بما حبس لأجله.

وجه قول ابن القاسم أن السجن إنما هو عقوبة لامتناعه من اليمين ولاختبار حاله، والسنة مدة فى الشرع لمعان من الاختبار كالعنة وغيرها.

وقد روى عنه ابن نافع: أنه يسجن، ويضرب له أجل الإيلاء، فإذا انقضى طلق عليه بعد ذلك، هذا الذى رواه عنه فى نوادره الشيخ أبو محمد.

والذى فى كتاب ابن مزين، أن يحيى بن يحيى روى عنه ما تقدم أن محمد بن خالد روى عنه أنه إذا أطل سجنه على المرأة، وأبى أن يحلف، ضرب له الأجل، فإن حلف عند انقضائه خلى سبيله، وردت إليه المرأة، وإن أبى أن يحلف، طلقت عليه بالإيلاء، قال يحيى: وقال أبو زيد قاضى أهل المدينة مثله.

وجه ذلك أنه ممنوع من الوطء بمعنى حرمة عليه، فضرب له أجل الإيلاء كالذى يحلف بطلاق زوجته: ليفعلن، فإنه يدخل عليه الإيلاء من يوم رفعته زوجته، ويحكم به عليه الحاكم، وهذا أشد من الخلاف؛ لأنه يدعى عليه تحريم الزوجة، وقد شهد عليه شاهد.

فصل: وقوله: «فإن قال قائل: إن العتاقة من الأموال، فقد أخطأ، ولو كان على ما قال: يحلف العبد مع شاهده على عتقه؛ لأنه يجب مع شاهده فى المال» وهذا الذى قاله مبنى على بيان معنى قولنا: الشهادة على الأموال، وذلك أن الشهادة على المال هى الشهادة بطلب مال يخرج من متمول له إلى متمول آخر، وليس هذا حكم الشهادة على العتاقة؛ لأن الرقة بالعتاقة لا تخرج إلى متملك، وذلك مثل المال يطلبه الرجل من الآخر، فيشهد له بشاهد، سواء كان المال ديناً معلقاً بدمته أو شيئاً معيناً مما يملك.

وذلك على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يباشر الشهادة مالاً، فيؤدى إلى عتق أو إلى نقصه أو إلى طلاق زوجة، وسيأتى ذكره، أو تكون الشهادة تخرج إلى المال، لا يحكم فيها بغير ذلك، وإن باشرت معنى آخر مثل الشهادة على الحر يرح العبد، فيحلف سيده مع شاهده، ويستحق الأرش، قاله ابن حبيب فى المجموعة وكتاب ابن حبيب.

وقال أشهب فى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن: إذا شهدت امرأتان على امرأة أنها ضربت بطن امرأة، فألقت مضغة، فلتحلف معهما، وتستحق الغرة، ولا كفارة على الضاربة.

وروى أشهب عن مالك فى العتبية: فى الذى شهد له شاهد أنه وارث فلان، فإن لم يأت بغيره، حلف واستحق.

قال أشهب: وذلك إذا كان نسبه من الميت ثابتاً، ويكون الشاهد يشهد أنه لا يعلم له وارث غيره، فيحلف معه، ويرث؛ لأنه شهد على مال، وكذلك الولاء يثبت للأقعد من أهل الولاء بالشاهد واليمين، إذا ثبت الولاء لمن ورثه عنه، قاله الشيخ أبو محمد.

وفى كتاب ابن المواز: من أقام شاهداً أنه وارث فلان أو مولاه، لا يعلم له وارث

غيره، قال مالك: يستأنى بالمال حتى يؤيس أن يأتي أحد بأثبت من ذلك، فيحلف معه، ويقضى له بالمال، ولا نسب له يثبت، فهذا مخالف لما تقدم.

فصل: وقوله: «إن العبد يحلف مع شاهده في المال» يقتضى أنه يحلف فى قليل ذلك وكثيره؛ لأن مالكاً قال: إنه يحلف كما يحلف الحر.

وجه ذلك أنه يملك كما يملك الحر، فوجب أن يحلف مع شاهده؛ ليصل إلى استحقاق ملكه كالحر.

قَالَ مَالِكُ: فَالسُّنَّةُ عِنْدَنَا أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَاءَ بِشَاهِدٍ عَلَى عَتَاقَتِهِ اسْتَحْلَفَ سَيِّدُهُ مَا أَعْتَقَهُ، وَبَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ.

قَالَ مَالِكُ: وَكَذَلِكَ السُّنَّةُ عِنْدَنَا أَيْضًا فِي الطَّلَاقِ إِذَا جَاءَتِ الْمَرْأَةُ بِشَاهِدٍ، أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا، أُحْلِفَ زَوْجُهَا مَا طَلَّقَهَا، فَإِذَا حَلَفَ، لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ.

قَالَ مَالِكُ: فَسُنَّةُ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقَةِ فِي الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَاحِدَةٌ إِنَّمَا يَكُونُ الْيَمِينُ عَلَى زَوْجِ الْمَرْأَةِ، وَعَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، وَإِنَّمَا الْعَتَاقَةُ حَدٌّ مِنَ الْحُدُودِ لَا تَجُوزُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَتَقَ الْعَبْدُ ثَبَتَتْ حُرْمَتُهُ، وَوَقَعَتْ لَهُ الْحُدُودُ، وَوَقَعَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ زَنَى، وَقَدْ أَحْصَيْنَ رُجْمَ، وَإِنْ قَتَلَ الْعَبْدَ، قُتِلَ بِهِ، وَثَبَتَ لَهُ الْمِيرَاثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يُوَارِثُهُ، فَإِنْ اخْتَجَّ مُحْتَجٌّ، فَقَالَ: لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَجَاءَ رَجُلٌ يَطْلُبُ سَيِّدَ الْعَبْدِ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ، فَشَهِدَ لَهُ عَلَى حَقِّهِ ذَلِكَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُثَبِّتُ الْحَقَّ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ حَتَّى تُرَدَّ بِهِ عَتَاقَتُهُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ، مَالٌ غَيْرُ الْعَبْدِ يُرِيدُ أَنْ يُحْجِزَ بِذَلِكَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْعَتَاقَةِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ عَلَى مَا قَالَ: وَإِنَّمَا مَثَلُ ذَلِكَ الرَّجُلُ يَعْتِقُ عَبْدَهُ، ثُمَّ يَأْتِي طَالِبُ الْحَقِّ عَلَى سَيِّدِهِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ، فَيَحْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ، ثُمَّ يَسْتَحِقُّ حَقَّهُ، وَتُرَدُّ بِذَلِكَ عَتَاقَةُ الْعَبْدِ أَوْ يَأْتِي الرَّجُلُ قَدْ كَانَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِ الْعَبْدِ مُحَاظَةٌ وَمُلَابَسَةٌ، فَيَزْعُمُ أَنَّ لَهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ مَالًا، فَيُقَالُ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ: احْلِفْ مَا عَلَيْكَ مَا ادَّعَى، فَإِنْ نَكَلَ وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، حُلِفَ صَاحِبُ الْحَقِّ، وَثَبَتَ حَقُّهُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ يَرُدُّ عَتَاقَةَ الْعَبْدِ إِذَا ثَبَتَ الْمَالُ عَلَى سَيِّدِهِ.

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يَنْكِحُ الْأَمَةَ، فَتَكُونُ امْرَأَتُهُ، فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ إِلَى

٢٠٠ ..... كتاب الأقضية

الرَّجُلِ الَّذِي تَزَوَّجَهَا، فَيَقُولُ: ابْتَعْتَ مِنِّي جَارِيَّتِي فَلَانَةَ أَنْتَ وَفُلَانٌ بِكَذَا وَكَذَا دِينَارًا، فَيُنْكَرُ ذَلِكَ زَوْجُ الْأَمَةِ فَيَأْتِي سَيِّدُ الْأَمَةِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، فَيَشْهَدُونَ عَلَى مَا قَالَ، فَيُثْبِتُ بَيْعَهُ وَيَجِزُّ حَقَّهُ، وَتَحْرُمُ الْأَمَةُ عَلَى زَوْجِهَا، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِرَاقًا بَيْنَهُمَا، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِنْ ذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يَفْتَرِي عَلَى الرَّجُلِ الْحُرِّ، فَيَقَعُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، فَيَأْتِي رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَيَشْهَدُونَ أَنَّ الَّذِي افْتَرَى عَلَيْهِ عَبْدٌ مَمْلُوكٌ، فَيَضَعُ ذَلِكَ الْحَدَّ عَنِ الْمُفْتَرِي بَعْدَ أَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ، وَشَهَادَةُ النِّسَاءِ لَا تَجُوزُ فِي الْفِرْيَةِ.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُشَبَّهُ ذَلِكَ أَيْضًا مِمَّا يَفْتَرِقُ فِيهِ الْقَضَاءُ وَمَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ، أَنَّ الْمَرَأَتَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ، فَيَجِبُ بِذَلِكَ مِيرَاثُهُ حَتَّى يَرِثَ، وَيَكُونُ مَالُهُ لِمَنْ يَرِثُهُ إِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ، وَلَيْسَ مَعَ الْمَرَأَتَيْنِ اللَّتَيْنِ شَهِدَتَا رَجُلًا وَلَا يَمِينًا، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ الْعِظَامِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ وَالرُّبَاعِ وَالْحَوَائِطِ وَالرَّقِيقِ وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِنَ الْأَمْوَالِ، وَلَوْ شَهِدَتِ امْرَأَتَانِ عَلَى دِرْهَمٍ وَاحِدٍ أَوْ أَقَلٍّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ لَمْ تَقْطَعْ شَهَادَتُهُمَا شَيْئًا، وَلَمْ تَجْزِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا شَاهِدٌ أَوْ يَمِينٌ.

الشرح: قوله: «أن العبد إذا جاء بشاهد أن سيده أعتقه، حلف السيد، وبطل العتق، وكذلك المرأة تدعى طلاق زوجها، يحلف الزوج، ولا يلزمه طلاق، فإن وجد العبد أو الزوجة بعد اليمين شاهدًا آخر، فإنه يضم إلى الشاهد الأول، ويقضى بهما بالعتق والطلاق». قال ابن المواز: لأنه منع أولاً من اليمين، فلم يوجد منه نكول يسقط به الشاهد كالصغير يقوم له شاهد بحق، فيحلف المطلوب، ثم يوجد له شاهد آخر بذلك الحق، فإنه يحكم له به.

مسألة: ولو كان العبد إذا أقام شاهدًا بعد موت سيده أنه أعتقه في مرضه، ففي كتاب ابن المواز: أن الورثة يحلفون على العلم.

. ووجه ذلك أنه لا طريق لهم إلى القطع بذلك كسائر ما يدعى من الحقوق.

فصل: وقوله: «إن العتاقة من الحدود» يريد أنه يتعلق بها حق الله تعالى، ولذلك لو اتفق السيد والعبد على إبطال العتق، لم يكن لهما ذلك. وقد ذكر الله تعالى الطلاق فقال: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» [البقرة: ٢٢٩]، وقال

كتاب الأقضية ..... ٢٠١  
عز من قائل: «تلك حدود الله فلا تعتدوها» فوصف الطلاق، وما ذكر معه بأنه من حدود الله تعالى.

فصل: وقوله: «لا تجوز فيها شهادة النساء» يريد لا ينفذ العتق والطلاق بشهادة النساء، فلو شهد رجل وامرأتان بعتق أو طلاق، لم تجز في ذلك شهادتهما بمعنى أن يحكم بالطلاق، ولو شهدت امرأتان على رجل بطلاق امرأته، أو عتق عبده، وجبت بشهادتهما على الزوج والسيد اليمين، وليست هاهنا شهادة على التحقيق؛ لأنه لا يحكم بما يقتضيه من الطلاق، وإنما يجب بها اليمين على الزوج، وهى تشبه الشاهد العدل فى المقاسمة.

فصل: وقوله: «لأنه إذا عتق العبد ثبتت حرمة، ووقعت له الحدود، ووقعت عليه، وإن زنا، وقد أحصن رجم، وإن قتل، قتل به، وتثبت له المواريث» يريد بقوله: «ثبتت حرمة» أنه ثبت له حرمة الحرية، فتكمل دية الحر، ويثبت القصاص بينه وبين الحر فى النفس والأطراف، ومن قذفه مع العفة حد.  
ويريد بقوله: «ووقعت له الحدود» أن من قذفه مع العفة، حُدَّ.

ويريد بقوله: «ووقعت الحدود عليه» وتتم له حدود الحر فى القذف والزنا وشرب الخمر ورجم فى الزنا مع الإحصان، وهذه كلها معان تثبت للإنسان من أحكام الحرية، فلا يقبل فيها شهادة النساء؛ ولذلك استدل شيوخنا بالحرية على أن شهادة النساء لا يحكم بها فى العتاقة.

فصل: وقوله: «فإن احتج محتج بمن أعتق عبده، وجاء من يطلبه بدين، شهد له به رجل وامرأتان، ثبت الحق على السيد، إن كان معسرًا، وردَّ عتق العبد» محتجًا بذلك لإجازة شهادة النساء فى العتق، فليس على ما قال، وقد ردَّ العتق هذا الوجه بالشاهد على السيد بدين مع يمين طالب أو بدعوى المدعى، ونكول السيد، هذا كله غلط، قاله مالك؛ لأن عتق الرجل عبده، وعليه دين يحيط بماله والعبء غير جائز، سواء كان عتقه واجبًا أو تطوعًا؛ لأنه ليس له إتلاف أموال الناس بأداء الكفارة منها أو عتق تطوع، وإنما جاز أن يردَّ العتق بشهادة رجل وامرأتين وبشهادة امرأتين ويمين الطالب؛ لأن الشهادة لا تباهر رد العتق، ولا تتناول إثبات الدين.

فإذا ثبت الدين بهذه الشهادة مع ما يقترن بها، رد العتق بثبوت الدين المتقدم عليه المانع منه، وهذا كما يقول أنه تجوز شهادة النساء فى الولادة، وثبت النسب بها، ولو شهدت به النساء، لم يثبت بشهادتهن.

٢٠٢ ..... كتاب الأقضية

مسألة: وأما قوله: «إن العتق يرد بنكول السيد عن اليمين» فهو قول مالك في الموطأ، وكذلك وقع في العتبية والمجموعة. وفي كتاب ابن مزيّن عن ابن القاسم: لا ترد بذلك عتقه العبد. زاد أبو محمد في روايته: ولا بإقراره، إن أقر أن عليه دينًا. وجه ذلك أن النكول من فعله، فليس له أن يرق به العبد؛ لأنه رجوع في عتقه كإقراره بالدين.

فصل: وقوله: «وكذلك أيضًا الرجل تكون تحته أمة غيره، فيأتي سيدها برجل وامرأتين يشهدون أن الزوج اشتراها من السيد، فيثبت الشراء، وتحرم الأمة على زوجها، وإن كانت شهادة النساء لا تجوز في الطلاق». قال عبد الملك في كتاب ابن سحنون: والنساء في هذا لم يشهدن في نفس الفراق، وإنما يشهدن في مال جر إلى ما ذكرت.

قال سحنون: وكذلك شهادتهن فيمن غر من نفسه بالحرية أنه مملوك لفلان، جازت، فيحلف بعضهن، ويرق له، ويبطل الحد عمن قذفه، وتصير حدوده حدود عبد، ولو كان قُذِفَ أو قَذَفَ، فشهدت امرأتان أنه مملوك لغائب أو صغير، فالحد قائم له، رواه ابن المواز عن أشهب. قال ابن المواز: ومتى قدم الغائب أو كبير الصغير، وحلف واستحق رقبته.

وجه ذلك عندي أنه لا يصح الحكم برقه الآن لعدم من يدعيه، ويحلف مع شهادة المرأتين، فيبقى على حكم الرق إلى أن يدعيه مدع، ويحلف مع شهادتهما. قال ابن الماجشون: ولو شهدت امرأتان على أداء كتابة مكاتب؛ لحلف، وتم عتقه، وهذا كله على نحو ما تقدم.

فصل: وقوله: «مما يشبه ذلك أيضًا أن المرأتين تشهدان على استهلال الصبي، فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويورث دون أن يكون معها شاهد أو يمين ويكون ذلك في الأموال العظام، ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل، لم يحكم بشهادتهما إلا أن يكون معهما شاهد أو يمين» يريد أن شهادة المرأتين تقبل ويحكم بها دون أن يقترن بها شيء، فيما لا يطلع عليه الرجال كالاستهلال والولادة. قال القاضي أبو محمد: إلا الرضاع، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وكذلك إذا شهدت امرأتان أن فلانة أسقطت، حلت من عدتها للأزواج. قال مالك في كتاب ابن سحنون: شهادة امرأتين تجوز فيما لا يطلع عليه غيرهن مما تحت الثياب من العيوب، والحيض، والولادة، والاستهلال وشبه ذلك.



كتاب الأفضية ..... ٢٠٣

ووجه ذلك أنه إذا كان مما لا يجوز للرجال النظر إليه، لم تصح شهادتهم فيه، وهو مما يطلع عليه النساء، فتدعو الضرورة إلى تجويز شهادتهنّ، وفيه قد نص الله على قبول شهادتهن حيث تجوز شهادة الرجال، فبأن تجوز حيث لا تصح شهادة الرجال، ولا يمكن اطلاعهم عليه أولى.

مسألة: وإذا ادّعى الزوج أن زوجته رتقاء أو بها داء الفرج، قال سحنون: أصحابنا يرون أنها مصدقة، وأنا أرى ينظر النساء إلى عيوب المرأة الحرة التي في الفرج، وقد تقدم هذا في النكاح، وأمر سحنون في صبية أراد أولياؤها تزويجها، فأمر امرأتين عادلتين أن تنظرا هل أنبتت، فأخبرته أن قد أنبتت، فأذن لهم في إنكاحها.

وأما ما كان في غير الفرج، فإنه يبعد عن ذلك الموضع لينظر إليه الشهود، وكذلك لو أصابها علة في موضع يحتاج أن ينظر إليه الطبيب بعد عن ذلك الموضع، فينظر إليه الأطباء.

قال سحنون: ووجه ذلك أنه ليس بمغلظ كنفس العورة، وإنما يحرم النظر بكل حال في حق الرجل إلى نفس العورة.

مسألة: وأما شهادة امرأتين على الرضاع، فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك: في ذلك روايتان، إحداهما: أنه لا يكفى في ذلك إلا أن يفشو عند الجيران، ويظهر ويتنشر. والأخرى أن شهادتهما مقبولة، وإن لم يفش.

قال: وجه الرواية الأولى أن الرضاع، وإن كان مما ينفرد به النساء، فتتعلق به أحكام شرعية، ولا يكاد يخفى أمره غالباً، بل يفشو، فإذا عرا من الظهور والانتصار، ضعفت الشهادة. ووجه الرواية الثانية اعتباراً بسائر الشهادات.

قال: وهذا أصح، وقد ذكر شيوخنا المتقدمون في ذلك ما يعتمد عليه أيضاً، ففي الموازية عن مالك: أن شهادة المرأتين في الرضاع بعد عقد النكاح لا تجوز إلا بالسماع الفاشي الذي يأتي من غير وجه، ولا وجهين. وفي المجموعة عن ابن الماجشون مثله. وزاد: ولا يفسخ النكاح منه إلا بالأمر القوي المنتشر.

قال سحنون في كتاب ابنه: وأما ما كان من ذلك قبل التزويج، وإن ضعف، فحقيق على المرء فيه التوقي والحيلة، فاقتضى ذلك أن ما تقدم من قول مالك وابن الماجشون إنما هو في فسخ النكاح المنعقد قبل الشهادة.

٢٠٤ ..... كتاب الأفضية

مسألة: وأما شهادة امرأتين فى الرضاع، فقد تقدم من قول القاضى أبى محمد فيها ما فيه كفاية. وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع، ففي الموازية عن مالك: لا يعمل بها إلا أن يفشو فى الصغر عند المعارف. وقال أيضاً: لا يقضى بقولها، وأحب إلى أن يصدقه الزوج.

قال محمد: يريد إن كانت عادلة، فإنما يقع الخلاف منه فى فسخ النكاح، وأما التوقى منه، فمتفق عليه. قال محمد: إلا أن يطول مقامه معهما بعلم المرأتين، فلا تجوز شهادتهما، يريد وإن كان معهما الخبر فاشياً، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإذا قلنا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما تقدم، فإنه يقبل فيه شهادة امرأتين دون يمين الطالب، هذا قول مالك. وقال عطاء والشعبي: لا يجزئ أقل من أربع، وبه قال الشافعى.

ووجه ذلك أن كل جنس يجوز منه بانفراده، فإنه يجزئ منه الاثنان كالرجال، ولا تجزئ الواحدة خلافاً لليث وأبى حنيفة فى قوله: تقبل شهادة الواحدة فى العورة، وهو ما بين الركبة إلى السرة.

والدليل على ما نقوله أنه لا يجوز فى حق من الحقوق شهادة الرجل الواحد، ولا خلاف أنه أبلغ فى باب الشهادة من المرأة، ولذلك جعل الرجل فى مقابلة امرأتين، ثم ثبت وتقرر أنه لا يحكم بشهادة رجل واحد، دون أن يقارنه شىء، فبأن لا يحكم بشهادة امرأة واحدة أولى وأحرى.

فصل: وأما قوله: «لشهادة امرأتين على الولادة والاستهلال، تثبت الميراث، وتملك بذلك الأموال العظام من العين والرباع وغيرها، ولا يحكم بشهادتهما فى درهم» فلما ذكرناه من أن شهادتهما تجوز فى المواضع المذكورة التى لا يطلع عليها الرجال، فيحكم بذلك لما ذكرناه، ويؤول ذلك إلى الحكم بأموال عظيمة جسيمة على وجه المال، لا على وجه المباشرة، فلو باشرت شهادتهن درهماً واحداً، لم يحكم بشهادتهما فى درهم؛ لأن العدد الكثير منهن حيث يجوز الرجال، إنما هى بمنزلة الرجل الواحد، فكذلك لا تجوز شهادتهن فى العتق، وتجوز فيما يفضى إلى العتق ويؤول إليه، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكُ: وَمِنْ النَّاسِ مَنْ يَقُولُ: لَا يَكُونُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ وَيَحْتَجُّ بِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَقَوْلُهُ الْحَقُّ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ

يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴿٢٨٢﴾ [البقرة: ٢٨٢] يَقُولُ: فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَلَا يُحْلَفُ مَعَ شَاهِدِهِ.

قَالَ مَالِكٌ: فَمِنْ الْحُجَّةِ عَلَى مَنْ قَالَ: ذَلِكَ الْقَوْلُ أَنْ يُقَالَ لَهُ: أَرَأَيْتَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ مَالًا أَلَيْسَ يُحْلَفُ الْمَطْلُوبُ مَا ذَلِكَ الْحَقُّ عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ بَطَلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، حُلَفَ صَاحِبُ الْحَقِّ إِنَّ حَقَّهُ لَحَقٌّ، وَبُتَّ حَقُّهُ عَلَى صَاحِبِهِ، فَهَذَا مَا لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ، وَلَا يَبْلَدٍ مِنَ الْبُلْدَانِ، فَبِأَيِّ شَيْءٍ أَخَذَ هَذَا أَوْ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَجَدَهُ، فَإِنْ أَقْرَأَ بِهِذَا، فَلْيُقَرَّرْ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَأَنَّهُ لِيَكْفِيَ مِنْ ذَلِكَ مَا مَضَى مِنَ السُّنَّةِ، وَلَكِنَّ الْمَرْءَ قَدْ يُجِبُّ أَنْ يَعْرِفَ وَجْهَ الصَّوَابِ وَمَوْقِعَ الْحُجَّةِ، فَفِي هَذَا بَيَانٌ مَا أَشْكَلُ مِنْ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

الشرح: قوله: «إِنْ احتج محتج على من يجيز اليمين مع الشاهد بأن الله تعالى يقول: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، قال: وهذا يقتضى إن عدم الرجلان، لا يجزئ إلا رجل وامرأتان» والزيادة فى النص عندهم نسخ، ولا يجوز نسخ القرآن بالقياس، ولا بأخبار الآحاد.

والجواب ما أجاب به أن من ادعى على رجل مالا، فإن المطلوب، يحلف ما ذلك الحق عليه، وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة، وليس هذا فى كتاب الله.

ويلزم أبا حنيفة على قوله هذا أن لا يثبت حكم بحديث صحيح، ولا قياس، ولا يثبت إلا بما يجوز فيه النسخ للقرآن؛ لأن هذا كله زيادة فى نص القرآن، وإن لم يكن هذا زيادة فى نص القرآن، لأنه ينافى فى النص، فكذلك ما ذكرناه، فإنه لا ينافى النص، فإنه لو قال: فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان، أو فرجل ويمين الطالب؛ لصح ذلك.

وقال كثير من أصحابنا: إن الزيادة فى نص ليست بنسخ؛ لأن النسخ إزالة الحكم الثابت بشرع متأخر عنه على وجه لولاه لكان ثابتاً، والزيادة فى النص لا تزيل حكم المزيد عليه، بل تبينه وتضيف إليه شيئاً آخر، ولذلك إذا فرضت الصلاة، ثم فرض الصيام، لم يكن فرض الصيام نسخاً، لفرض الصلاة.

٢٠٦ ..... كتاب الأقضية

وقال القاضى أبو بكر: إن الزيادة فى النص إذا غيرت حكم المزيّد عليه، فهو نسخ، وإذا لم يغيّره، فليس بنسخ، ومعنى تغيّره له أن يؤمر بالصلاة ركعتين، ثم يؤمر بها أربع ركعات، فهذا نسخ؛ لأن الركعتين ليستا بشرعية بعد الأمر بالأربع، ولو افتتح الصلاة على ركعتين، وأتمها على حسب ما كان يصلّيها قبل ذلك، وسلم منها، ثم أراد أن يضيف إليها ركعتين أخريين، يتم بهما ظهره أو عصره، لم يجوز ذلك، فهذا نسخ.

وأما الذى لا يغير حكم المزيّد، فمثل أن يأمر بالحد أربعين، ثم يؤمر به ثمانين، فهذه الزيادة لا تغيّر حكم المزيّد، ولو ابتدأ ضربه على أربعين، وأتمها على حسب ما كان يأتى بها قبل الأمر بالثمانين، ثم أراد أن يتم عليه الثمانين، كان له ذلك.

وفى مسألتنا هذه الزيادة التى يزعمها بالحكم بالشاهد واليمين، لم يغيّر حكم المزيّد عليه، بل يقبل شهادة الشاهدين وشهادة الرجل والمرأتين على حسب ما كان يقبل ذلك قبل الأمر بالحكم بالشاهد واليمين.

فصل: وقوله بعد ذلك: «فإن نكل المدعى عليه حلف صاحب الحق» ليس مما لا اختلاف فيه، فإن أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون رد اليمين على المدعى بنكول المدعى عليه، ولا يثبت عندهم فى جنبه مدعى المال، فيحتمل أن يريد بقوله: أنه مما لا خلاف فيه، فى بلد من البلدان، ولا بين أحد من الناس إيجاب اليمين على المنكر دون رد اليمين على المدعى بنكول المنكر، لما قدمناه من خلاف أهل الكوفة، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «وإنه ليكفى فى هذا ما مضى من السنة» لعله يريد الحديث الذى أورده؛ لأن أهل الكوفة وسائر الناس كانوا فى ذلك الزمن يقولون بالمراسيل.

وقوله: «ولكن المرء يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجّة» يريد أن يعرف وجه الصواب من جهة المعنى والقياس، وقطع اعتراض المعارض عليه بتأويل أو غيره؛ لأن ذلك أقوى لغلبة الظن وأبين لوجه تعلق ذلك الحكم بما يتعلق به وما هو مثله، والله أعلم.

\* \* \*

### القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد

قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِكٌ فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ، وَلَهُ دَيْنٌ، عَلَيْهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لِلنَّاسِ لَهُمْ فِيهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَيَأْتِي وَرَثَتُهُ أَنْ يَحْلِفُوا عَلَى حُقُوقِهِمْ مَعَ شَاهِدِهِمْ، قَالَ: فَإِنَّ الْغَرَمَاءَ يَحْلِفُونَ وَيَأْخُذُونَ حُقُوقَهُمْ، فَإِنْ فَضَلَ فَضْلٌ لَمْ يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ مِنْهُ شَيْءٌ، وَذَلِكَ أَنَّ الْإِيمَانَ عَرِضَتْ عَلَيْهِمْ قَبْلُ، فَتَرَكَوْهَا إِلَّا أَنْ يَقُولُوا لَمْ نَعْلَمْ لِصَاحِبِنَا فَضْلاً، وَيَعْلَمُ أَنَّهُمْ إِنَّمَا تَرَكَوْا الْإِيمَانَ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ، فَإِنِّي أَرَى أَنْ يَحْلِفُوا وَيَأْخُذُوا مَا بَقِيَ بَعْدَ دَيْنِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال أن المتوفى إذا كان عليه ديون، وله دين، فشهد له شاهد أن للورثة أن يحلفوا مع الشاهد، ويبدأ الغرماء؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فإن فضل شيء كان لهم بالميراث، فإن نكل الورثة حلف الغرماء، وهذا الظاهر من المذهب أو الورثة يبدأون باليمين على الإطلاق، وبهذا قال مالك وأكثر أصحابه.

قال سحنون: إنما للورثة أن يحلفوا أولاً في مسألة الأصل؛ لأن الغرماء لو نكلوا عن اليمين أنهم لم يقبضوا دينهم كان للورثة اليمين مع الشاهد أولاً إذا لم يقيم الغرماء، فإن قاموا وثبتت حقوقهم، وطلبوا أن يحلفوا فهم المبدؤون بها؛ لأنهم أولى بتركته.

وجه القول الأول أن الورثة أولى بالتركة بدليل أن للورثة أن يدفعوا إلى الغرماء من أموالهم، ويختصون بالتركة دون الغرماء، ولو كان الميت حياً لما كان للغرماء أن يحلفوا، فكذا مع ورثته؛ لأنهم يقومون مقامه ما أرادوا التركة.

وجه القول الثاني قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾ [النساء: ١١]، فلما كان أصحاب الدين مبدئين قبل الورثة في الأخذ، فكذا في الأيمان إذا حكم لهم بصحة دينهم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فالاختلاف بين مالك وسحنون في تبدئة الغرماء والورثة بالأيمان على الوجه الذي تقدم. وقال محمد: والمعروف من قول مالك أن الورثة مبدؤون بالأيمان إن كان في المال فضل، فإن لم يكن فيه فضل، حلف الغرماء، فإن نكلوا حلف الغريم وبرئ.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ٦٦/٢٢.

٢٠٨ ..... كتاب الأقضية

والذى روى ابن وهب عن مالك خلاف هذا وخلاف قول سحنون وهو أشبه بما فى الموطأ، فإنه روى عنه: إذا قام للغرماء شاهد للميت بدين، أن الورثة يحلفون معه، فإن نكلوا حلف غرماؤه، واستحقوا قدر دينهم، فإن فضل شىء لم يأخذه الورثة إلا يمين.

فدل قوله: أن الغرماء إذا قاموا بالشاهد، أنهم إنما قاموا به بعد ثبوت حقوقهم واستحلافهم أنهم قبضوا دينهم، ولولا ذلك لما كان لهم القيام بالشاهد، ومع ذلك فالورثة مبدؤون بالإيمان لما قدمناه، ودل قوله فى آخر المسألة: فإن فضل شىء، لم يأخذه الورثة إلا يمين، على أنه لم يفضل شىء، فإن الحكم فيه ما تقدم.

فرع: وإذا امتنع الورثة من اليمين أولاً، فحلف الغرماء، وبقي من الدين الذى حلف عليه الغرماء، فهل للورثة أن يحلفوا ويأخذوه؟ وقد تقدم من رواية ابن وهب أن لهم ذلك على الإطلاق.

وفى المجموعة من قول مالك: ليس للورثة معاودة اليمين لنكلهم عنها أولاً، إلا أن يقولوا: لم نعلم أن فى دين الميت فضلاً عن الديون التى عليه، ونعلم ذلك الآن، فيحلفون ويأخذون الفضل، وهو معنى ما فى الموطأ.

وجه القول الأول أن نكلهم أولاً لم يكن نكولاً عن اليمين وتسليم الحق، وإنما كان امتناعاً من يمين يصير ما استحق بها إلى غيرهم، ولو كان نكولاً له حكم النكل؛ لما انتقلت اليمين إلى الغرماء، وإنما كانت تنتقل إلى المطلوب، وهذه اليمين فى الحقيقة إنما هى يمين ينوب فيها الورثة عن الغرماء، فإذا استوفى الغرماء إيمان الورثة حيثئذ يستحقون بها ما يحلفون عليه، فإن نكلوا حيثئذ عن اليمين، لم يكن لهم معاودتها.

وجه القول الثانى أن الورثة إذا حلفوا، فإنما يحلفون على جميع الدين، فإذا نكلوا، فقد بطل حقهم منه كالشركاء فى الميراث من حلف منهم، فإنما يحلف على إثبات جميع الدين، ومن نكل، بطل حقه، وثبتت اليمين فى حصته، فإذا علم الورثة بالفضل، فنكلوا عن اليمين، فقد أبطلوا حقهم منه، وإن لم يعلموا به، ثبت لهم اليمين عند ظهوره.

مسألة: ولو حلف الغرماء وطراً مال آخر للميت، فلم يأخذ منه، وليس للغرماء أخذ الدين الذى فيه الشاهد إلا بإيمانهم، قاله أصبغ ومحمد بن عبدالحكم، وزاد: إذا كان الغرماء لم يأخذوا حقوقهم من الدين، حلفوا مع الشاهد فيه، وأراه معنى قول

أصبغ. قال ابن المواز: ليس للغرماء ولا للورثة أخذ الدين إلا بيمين الورثة، ولا يغنى يمين الغرماء التي حلفوا.

وجه القول الأول أنه لما حلف الغرماء، كان لهم أخذ دينهم بما حلفوا عليه، فأما إذا أخذوا من غيره، وتركوا ذلك الدين، فقد صار حقاً للورثة، فلا يصح يمين الغرماء فيه، فلا بد أن يقرن بالشاهد يمين الورثة الذين ينتقل إليهم الدين بالميراث.

ووجه قول ابن المواز أنه لما ظهر المال للميت أن أيمان الغرماء كانت لغواً، لا يستحق بها حق؛ لأن دينهم في الذي لا يحتاج إلى استحقاقه إلى يمين، فكان بمنزلة أن يحلفوا مع ظهوراً لمال، ويختاروا والحلف والأخذ من الدين دون المال الظاهر.

وقد قال محمد بن عبدالحكم: لا يحلف هاهنا إلا الورثة، وإنما يحلف الغرماء إذا لم يكن للميت مال ظاهر، يقتضى منه الدين، غير المال الذي يستحق بالشاهد واليمين، ويجوز أن يكون محمد بن عبدالحكم يرى ذلك في المال المعلوم دون المال الذي لا يعلم به، رواه ابن المواز في الوجهين.

ويحلف كل واحد من الغرماء على أن الدين الذي شهد به الشاهد جميعه حق ليس على ما ينو به، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المفلس يحلف غرماؤه مع شاهده على دينه.

قال القاضي أبو الوليد: وهذا عندي مثله. ووجه ذلك أن حق كل إنسان منهم شائع في جميع الدين، وإنما يحلف على إثبات جميعه.

مسألة: ومن نكل منهم، فلا محاصة له مع من حلف، قاله مطرف وابن الماجشون في مسألة المفلس.

ووجه ذلك أنه بنكوله قد أبطل حقه مما حلف عليه أصحابه، كما لو نكل جميعهم.

فرع: ومن حلف، أخذ جميع حقه من هذا الدين، لا مقدار ما يقع له منه، ولو حلف أصحابه، أو قام به شاهدان، قاله محمد بن عبدالحكم. وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن نكل يعطى الغرماء كان لمن حلف بقدر حقه، وبعد القول الأول، أن من نكل منهم عن اليمين، فقد بطل حقه من الدين، وكأنه لم يكن له في هذا المال حق، فلا تأثير لما ادعاه فيه، ولم يتعلق بمال الميت إلا دين من حلف، فوجب أن تكون المحاصة على ذلك.

٢١٠ ..... كتاب الأقضية

ووجه رواية عيسى أن الغرماء لم يناكر بعضهم بعضًا، فمن حلف منهم استحق حقه في مال الميت، ومن نكل، بطل حقه، فلم يرجع ذلك إلى أصحابه، ولذلك لا ترد الأيمان عليهم، وإنما رجع نصيبه إلى من يستحق مال الميت ممن يناكر هذا المدعى، وعليه ترد اليمين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن رجع أحد من الغرماء بعد نكوله إلى أن يحلف، ويأخذ حصته. قال مطرف، في مسألة المفلس: ليس له ذلك. وقال ابن الماجشون: له ذلك. فوجه رواية مطرف أن النكول يبطل حق الناكل، ويمنعه معاودة ما نكل عنه، كما لو نكل صاحب الدين.

ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من أنه يقول: لم أكن تحققت الأمر، فأردت أن أكشف عنه وأبحث، وقد تحققت الآن.

مسألة: وهل يحلف الغرماء مع الشاهد بإبراء الميت من دين يثبت عليه بشاهدين، وقام له شاهد بالإبراء منه؟ روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية: يحلف الغرماء على إبرائه وينفردون بالتركة. روى ابن حبيب عن أصبغ: لا يحلف الغرماء في إبراء الميت، وإنما يحلفون في دين له.

وجه القول الأول أن هذه يمين يصل بها الغريم إلى استيفاء حقه، فوجب أن يستوفى فيها الإبراء وإثبات الدين كيمين من عليه الحق.

ووجه قول أصبغ ما احتج به من أن يمين الغريم على إبراء الميت رجم بالغيب؛ لأنه لا يعلم ذلك. وقال ابن المواز: ليس هذا رجمًا بالغيب، وإنما حلف بخبر يخبر كحلفه على إثبات دين له.

\* \* \*

### القضاء في الدعوى

١٣٨٩ - قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: عَنْ جَمِيلِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْمُؤَدَّنِ أَنَّهُ كَانَ يَحْضُرُ عُمَرَ بْنَ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَهُوَ يَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ، فَإِذَا جَاءَهُ الرَّجُلُ يَدْعِي عَلَى الرَّجُلِ حَقًّا، نَظَرَ، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلَابَسَةٌ، أَحْلَفَ الَّذِي ادَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، لَمْ يُحْلَفْ.

١٣٨٩ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٣٩٧.



قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ مَنْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ يَدْعُو نَفِيرًا، فَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مُخَالَطَةٌ أَوْ مُلَابَسَةٌ أَحْلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ، بَطَلَ ذَلِكَ الْحَقُّ عَنْهُ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ وَرَدَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى، فَحَلَفَ طَالِبُ الْحَقِّ، أَخَذَ حَقَّهُ.

الشرح: قوله: «فى الذى يدعى على رجل حقاً إن كانت بينهما مخالطة أو ملابسة، أحلف المدعى عليه، وإن لم يكن شىء من ذلك، لم يحلفه» هذا قول عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة بالمدينة، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة والشافعى: يستحلف المدعى عليه من غير إثبات خلطة.

والدليل على ما نقوله أن مجرد الدعوى لا يوجب حكماً إلا لوجه ضرورة، واستحلاف المدعى عليه مضرة تلحقه، فلا يجوز أن يؤدى باليمين بمجرد الدعوى عليه إلا أن يكون ضرورة بأن يكون من الأمور التى تقع عليه كثيراً من غير مخالطة، ولذلك تأثير فى الشرع، وبذلك تقبل شهادة الصبيان فى القتال لما كان يتعذر إثبات ذلك بشهادة العدول، والله أعلم وأحكم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففى ذلك أبواب ثلاثة، الأول: فى الدعاوى التى يعتبر فيها الخلطة وتمييزها من غيرها. والثانى: فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها. والثالث: فيما تثبت به الخلطة.

### الباب الأول: فى تفسير ما تعتبر فيه الخلطة

ما تعتبر فيه الخلطة هو المداينة، وادعاء دين من معاوضة. وفى كتاب ابن الموزان: وكذلك إن ادعى عليه كفالة بحق، فلا يلزمه، ويلحقه إن لم يكن بينهما خلطة.

وجه ذلك أن الكفالة نوع من المعاوضة، مبنى على المشاحة بين الكفيل ومن تكفل له، فأشبه البيع.

مسألة: وإن أوصى أن لى عند فلان كذا، حلف المدعى من غير إثبات خلطة، رواه فى العتبية أشهب وابن نافع عن مالك، وقاله ابن كنانة، وقال: إن الميت عند موته أقرب ما يكون إلى الصدق، فيوجب من ذلك ما توجيهه المخالطة، وما قاله له وجه؛ لأن لقول المدعى عند موته تأثيراً فى تحقيق الدعاوى الموجبة للأيمان بناء على قول مالك فى قول المدى دى عند فلان.

مسألة: ومن ادعى ثوباً بيد إنسان أنه له، فاليمين على المدعى عليه؛ لأنه ليس كل

٢١٢ ..... كتاب الأقضية

من له ثوب أو عرض يمكنه إثباته بالبينة، ولو احتجج إلى ذلك لتعذر حفظ الشهود له، وضبطهم لذلك مع كثرته، ولزمهم من مراعاته ما يشق، فيؤدى ذلك إلى إبطال الحقوق، فلذلك يثبت فى مثله اليمين بغير خلطة.

مسألة: والصناع يتعين عليهم اليمين لمن ادعى عليهم فى صناعتهم دون إثبات خلطة، قاله يحيى بن عمر. وقال: لأنهم نصبوا أنفسهم للناس، وهذا يلزم عليه تجار السوق، فأنهم نصبوا أنفسهم للشراء من الناس والبيع منهم غير أن الفرق بينهم أن الصناع نصبوا أنفسهم لما يوجب عليهم المطالبة بالعمل، والمعمول خاصة دون أن يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك.

مسألة: والعبد المأذون فى التجارة يبيع متاعاً، فيقتضى الثمن هو وسيده، فيدعى المتبايعون قضاء السيد بعض الثمن، قال ابن عبدوس وابن سحنون عن مالك: عليه اليمين إن أنكر. ووجه ذلك أن اليمين التى تعتبر فيها المخالطة إنما هى ما حققت دعوى تناولت معاوضة؛ لأن المدعى عليه منكر لسببها.

وأما من ادعى عليه قضاء دينه، فلا اعتبار فيها بالخلطة؛ لأنه مقرر بها بالثمن قد أوجب على نفسه اليمين، وكان ذلك بمعنى، ومن أوصى أن لفلان عليه ديناً، فطلب الورثة يمين المقر له، أن حقه لحق.

قال ابن كنانة: لا يأخذها حتى يحلف، وقد قضى عليه عندنا فى مثل هذا مرة باليمين، ومرة بلا يمين. ومعنى قوله: إن حقه لحق، يريد لباقي، لم يقبضه وأما أن يحلف على تحقيق ما أوصى به الميت، فلا معنى لذلك.

وجه إثبات اليمين لجواز أن يقبضه بعد الإقرار. ووجه نفى اليمين أن الموصى قد صدقه فى حياته، ومات على تصديقه، ولم يقبضه أحد بعد موته؛ لأن القضاء إنما يكون من فعل الوارث، وهو يعلم أنه لم يقبضه، فلا معنى لاستحلافه.

مسألة: وإنما تجب اليمين فى الدعاوى مع تحقيقها، وتحقيق الإنكار، ولو قال رجل لرجل: أنا أحلف أن لى عليك كذا، لم يلزمه يمين، حتى يحقق يمينه، من كتاب ابن المواز.

مسألة: فإذا لم تكن خلطة، وكان المدعى عليه متهماً، فهل يجب اليمين عليه بمجرد الدعوى؟ فقال قال سحنون: يستحلف. والمشهور من المذهب المنع من ذلك.

واحتج سحنون على قوله هذا بأن للتهمة تأثيراً فى الأحكام؛ لأن مالكا قال فى المرأة تدعى أن رجلاً ممن يشار إليه بالخير، استكرهها، أنها تحد، وإن كان يشار إليه بذلك، نظر الإمام فيه، فالتهمة توجب ما توجه الخلطة من اليمين.

ووجه القول الثانى أن حكم العدل والفاجر فى الأيمان التى تحقق فيها الدعاوى سواء، وإنما يختلف فى يمين التهمة، والله أعلم.

### الباب الثانى: فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها

إذا ثبت اعتبار الخلطة، فالخلطة المعتبرة، روى أصبغ عن ابن القاسم فى العتبية، قال: هى أن يسالفه مبايعة، ويشترى منه مراراً، وإن تقابضا فى ذلك السلعة والتمن، وتفاضلاً قبل التفرق، وقاله أصبغ. وقال سحنون: لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء من الرجلين، يريد المتداعيين.

وجه القول الأول أن المسالفة، واتصالها من المتداعيين، تقتضى التعامل، ويشهد للبائع أنه إذا كان يسلف كل واحد منهما صاحبه، جاز أن يبايعه، وربما كانت هذه الدعوى من جهة السلف، فيثبت بينهما بذلك ما يوجب اليمين.

وجه قول سحنون أن الخلطة إنما تعتبر فى ديون المبايعة، فيجب أن يكون الاعتبار بها.

مسألة: ولا تثبت بين أهل السوق مخالطة بكون المتداعيين من أهل السوق، حتى يثبت التبائع بينهما، قاله المغيرة وسحنون. قال سحنون: وكذلك القوم يجتمعون فى المسجد للصلاة والأنس والحديث، فإنه لا يثبت بينهما بذلك خلطة.

ووجه ذلك ما قدمناه من أن التداعى من جهة البيع، فيجب أن تثبت بينهما خلطة بسبب البيع.

مسألة: وإذا كانت الخلطة بتاريخ قديم، وانقطعت، بقى حكم المخالطة بينهما، قاله أصبغ وسحنون. وقال ابن المواز: إن قال المدعى عليه: قد كانت بيننا خلطة، وانقطعت، فإن ثبت انقطاعها، لم يحلف إلا بخلطة ثانية محددة، تثبت ببينة، وإن قضى له عليه اليوم بمائة دينار، أقام فيها ببينة، ثم جاء من الغد يدعى عليه حقاً آخر، فلا يمين له عليه بسبب تلك الخلطة، لانقطاعها حتى يقيم ببينة على خلطة لم ينقطع أمرها.

وإلى نحو هذا ذهب ابن حبيب، وقال: إن من قبض حقه من مخالطة قديمة ببينة، ثم

٢١٤ ..... كتاب الأقضية

ادّعى حقاً غيره ولا يعرف له سبب، فلا يحقه بالخلطة الأولى. فقول أصبغ وسحنون يقتضى أن معرفة الخلطة بينهما توجب اليمين فى دعاويهما دون أن يعرف سبب تلك الدعاوى، وإن عرف انقطاع الدعاوى.

وقول ابن المواز وابن حبيب، يقتضى أن كل معاملة تجرى بينهما يلزم معرفتها، ومعرفة التعامل بينهما من وقتها، وإلا لم تلزم اليمين.

### الباب الثالث فيما تثبت به الخلطة

أما ما تثبت به الخلطة، فإقرار المدعى عليه بها، والبيّنة تشهد بها، قاله ابن المواز: وأما من أقام شاهداً واحداً بالخلطة، ففى المجموعة عن ابن كنانة: أن شهادة رجل واحد وامرأة واحدة، توجب اليمين، أنه خلطة.

وروى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية مثل قول ابن كنانة فى الشاهد. وقال ابن المواز: إذا أقام بالخلطة شاهداً واحداً، حلف المدعى معه، وتثبت الخلطة، ثم يحلف حينئذ المدعى عليه. واحتج ابن كنانة بقوله: إنما هو أمر لا يجب به عليه غير اليمين، فتثبت بسبب أو بشيء يريد مما تقوى به دعوى المدعى، والله أعلم وأحكم.

ووجه قول ابن المواز أنه معنى يثبت، فلا يثبت إلا بما يثبت به الحقوق، ولما اختص بالمال، ثبت بما ثبت به المال من الشاهد واليمين.

مسألة: ومن أثبت حقه ببيّنة، فدفعها المطلوب بعداوة، فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى العتبية: هو كمن لم يشهد له. وقال سحنون مثله. قال أبو بكر بن محمد: وقد قيل يحلف.

وجه القول الأول أن البيّنة المردودة؛ لما لم تؤثر فيما شهدت به من الحق، فبأن لا تؤثر فى غير ذلك مما لم يشهد به من الخلطة أولى.

ووجه القول الثانى أن هذه البيّنة، وإن كانت قد ردّت بعد القبول، فإن حكمها حكم الإرث فى إيجاب اليمين والشاهد فى الدماء.

فصل: وقوله: «وكان عمر بن عبد العزيز يقضى بين الناس، فإذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقاً» يقتضى أن الدعاوى إنما تكون على الحاكم، وقد كان عمر بن عبد العزيز أميراً على المدينة، ثم كان خليفة، ويحتمل أنه كان يقضى فى الحالتين أو فى إحداهما، فأما الخليفة، فلا خلاف فى جواز حكمه. وقد حكم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى، وإنما استقضى القضاء حين اتسع الأمر وشغل الخلفاء.

كتاب الأفضية ..... ٢١٥

مسألة: وأما أمير غير مؤمر، يريد أنه غالب مالك للأمر، فقد قال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ في الواضحة: هو كالخليفة ينفذ حكمه إلا في جور أو خطأ بين، يريد فلا يجوز حكمه.

قال: وإن كان مؤمراً، يريد ولاه غيره، يفوض إليه حكومة، فلا يجوز حكمه، ولا أن يستقضى غيره، وإن فعل، لم ينفذ حتى يفوض إليه نصاً، فيكون له حيثنذ أن يستقضى قاضياً، ولا يجوز حكمه وحكم قاضيه.

وقال ابن القاسم في المجموعة: إذا كان مثل والى الإسكندرية، أو والى الفسطاط أمير الصلاة، فإن قضاءه ماض، وقضاء قاضيه إلا في جور بين، ونحوه روى عن سحنون، وزاد: فإذا لم يكن الأمير عدلاً، لم يجز قضاؤه.

وجه قول ابن الماجشون أن الولاية إذا كانت بغلبة وملكة للأمر، فهي عامة، وإذا ولاه غيره، فهي مقصورة على ما ولاه إياه دون غير ذلك، فإذا لم يول على القضاء والأحكام، وتقديم الصلاة، لم يكن له.

وجه قول ابن القاسم أن ولاية الإمارة عامة، فتشتمل على معنى القضاء، وإن لم ينص عليه.

مسألة: وإذا قضى صاحب السوق في الأموال والأرضين وللناس قاض، أو مات قاضيهم، فقد قال سحنون في كتاب ابنه والمجموعة: إن جعل إليه ذلك الأمير الذى يولى القضاء كأمر مصر وأفريقية والأندلس، جاز قضاؤه، إذا كان عدلاً فقيهاً، وإن لم يجعل ذلك إليه، لم يجز قضاؤه إلا فيما أذن له فيه.

مسألة: وإلى المياه إذا جعل إليه الأمير القضاء، وكان عدلاً، وحكم بصواب، جاز حكمه، وإن لم يكن عدلاً، لم يجز قضاؤه، قاله سحنون في كتاب ابنه وكتاب ابن عبدوس.

وجه ذلك أن العدالة شرط في صحة الحكم، فإذا قدم للقضاء وإلى المياه أو غيره، ووجدنا فيه شرط القضاء من العدالة وغيرها، صحت أحكامه، وإن عدمت لم يصح ذلك منه، وبالله التوفيق.

مسألة: ولو حكم رجلان بينهما رجلاً، فقضى بينهما فقضاؤه جائز، قاله مالك في المجموعة، قال ابن القاسم: وإن قضى بما يختلف فيه، ويرى القاضى خلافه، فحكمه ماض إلا في جور بين، وقاله سحنون في كتاب ابنه.

٢١٦ ..... كتاب الأقضية

وروجه ذلك أنهما قدماه للحكم بينهما بما يراه، والتزما ذلك، فلا يلزمهما ذلك إلا بموافقتهما عليه، وموافقتة هو لهما في ذلك.

فرع: ومتى يلزمهما ذلك؟ قال ابن القاسم في المجموعة: إذا حكماه وأقاما البينة عنده، ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم، قال: أرى أن يقضى بينهما، ويجوز حكمه. ونحوه في كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ. قال مطرف: له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء، فأما بعد أن ينشبا في الخصومة عنده، ونظره في شيء من أمرهما، فلا نزوع لواحد منهما، ويلزمهما التماضي.

قال أصبغ: كما ليس له إذا تواضعا الخصومة عند القاضي أو يوكل وكيلاً أو يعزل وكيلاً له.

وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما أن يبدو له، كان ذلك قبل أن يفتحه صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره نظر لصاحبه، كما ينظر السلطان في حق الغائب.

وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه: لكل واحد منهما أن يرجع في ذلك، ما لم يمض الحكم فيه، فإذا أمضاه بينهما، فليس لأحدهما أن يرجع فيه.

وروجه القول الأول أنه لا يلزم بالتحكيم، وهو قول ابن القاسم ومن تابعه، أنه عنده من باب الوكالة لوجهين، أحدهما: أنه حاكم خاص، والولاية عامة. والثاني: أن حكمه إنما يكون بإذن من يحكم له أو عليه، وهذا معنى الوكالة.

وأما الولاية، فإنه لا يعتبر في ذلك تحكيم المتخاصمين، وهي عند ابن الماجشون من باب الولاية لاختصاصها بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضون به، والوكالة لا تكون بحضرة الموكل إلا بما يرضاه.

وجه قول ابن القاسم أنه يلزم بشروعه في النظر بينهما، ولا يلزم بالقول ما احتج به أصبغ منهما من أنها الوكالة، لا يصح للموكل أن يعزل وكيله بعد ما شرع في الخصومة عند القاضي، وله ذلك قبل أن يشرع فيها.

وروجه قول ابن الماجشون أنه يلزم بالتحكيم ورضاه به، لأنه يحكم بين آدميين، فلزم بالقول كالتحكيم بين الزوجين.

وروجه قول سحنون أن الخصومة عند القاضي يتعلق بها حق التنفيذ للقاضي؛ لأن

ذلك لازم له، وهذا الوكيل لا يشرع عند غيره، فهو بمنزلة الوكيل على النظر للموكل له أن يعزله متى شاء عما يستقبل من عمله دون القاضي، والله أعلم.

مسألة: ولو حكم المتخاصمان رجلين فحكم أحدهما، ولم يحكم الآخر، فإن ذلك لا يجوز له، قاله سحنون في كتاب ابنه، ولو حكم فاتفقوا على حكم نفذوه، وقضوا به، جاز، قاله ابن كنانة في المجموعة.

ووجه ذلك أنهما إذا رضا بحكم رجلين أو رجال، فلا يلزمهما ما حكم بعضهم دون بعض كما لو وكل رجل رجلين يشتريان له ثوباً أو يطلقان امرأته، ففعل ذلك أحدهما، لم يلزمه، وإذا اتفقا على ذلك، فقد وجد الحكم من جميع من تراضيا بحكمه كما لو كان واحد، فانفرد حكمه على الصواب، وهذا كما نقوله في الحكمين بين الزوجين، وفي جزاء الصيد أنه يجوز من اثنين.

ولا يجوز أن يولى رجلين القضاء على أن يحكما جميعاً في حكومة واحدة يشهد بها الشهود عند كل واحد منهما، ولا ينفذانها إلا باتفاق منهما، ولا أن يتفق قاضيان على أن ينظرا في قضية واحدة لا ينفذ إلا بإتفاذهما، ولا خلاف في ذلك بين المسلمين.

ويكفي في ذلك ما اتصل به العمل منذ بعث الله محمدًا ﷺ إلى يومنا هذا في جميع الأعصار والبلاد، لم يعلم أنه جرى شيء من ذلك إلى أن ظهرت هذه البدعة بأندة من كور الأندلس، فتولى التقديم فيها للقضاء رجل مسرف على نفسه مع فرط جهله، فقدم ثلاثة لا ينفذ أحدهما فيها قضية إلا باتفاق منهم.

ولقد بلغني أن الشهود كانوا يشهدون عند الأول، فيكتب على شهادة الشاهد شهد، ثم يشهد ذلك الشاهد عند الثاني، فيكتب على شهادته عندنا، ثم يشهد عند الثالث، فيكتب على شهادته، فيحصل بما كتبه شهد عندنا.

فأما أحدهم، فنزع عن ذلك، ولا أراه إلا بلغه إنكارى للأمر. وأما الآخران، فأصرا، وتماديا على ضلالتهم، وسوغ لهم حكام الجزيزة وفقهاؤهم ذلك، لقلة مراعاتهم لهذا المعنى.

والفرق بين القاضي المولى للقضاء وبين الرجلين يحكما بينهما الخصمان بينهما، أن القضاء ولاية كالإمارة والإمامة، فلا يصح من اثنين، ويكفي في ذلك ما قام به الأنصار يوم السقيفة، وقالوا للمهاجرين: منا أمير ومنكم أمير، فقال عمر: لسيفان في غمد لا يصطلحان أبداً. ورجع الناس إلى قول أبي بكر وعمر والمهاجرين وأجمعوا عليه.

ووجه ثان، أن إمامة الخلافة تشتمل على معنيين، على الصلاة والأحكام، وهى أصل التقدي مفيهما ، فكما لا يجوز أن يتقدم رجلان يصليان بالناس صلاة واحدة، كذلك لا يجوز أن يقدم للناس حاكمان، يحكمان جميعاً فى كل حكم.

ووجه ثالث، وهو أن الإمام إنما قدم للأحكام من يرضى دينه وأمانته وعلمه، ومن يحكم بين الناس بما يؤديه إليه اجتهاده، وهذا ينافى مقارنة آخر له لا يجوز حكمه إلا بموافقة عليه، لأن هذه صفة من يخاف عليه الضلال لكثرة منه وتقصيره عن القيام بالحق، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولا خلاف أن حكم الواحد هو المشهور المعلوم الظاهر الذى لا يعرف غيره، ولم ينقل عن أحد من الأمة سواه، كما أن كل واحد من الشاهدين يقوم مقام شاهد كامل العدالة، فإذا تعذر ذلك لكثرة حاجة الناس إلى الشهادات، وأنه لم يول أحد هذا، فيعمل فيه عليه، فالمرأتان لنقصان دينهما يقومان مقام الرجل الواحد، ولا يقام رجلان من الشهداء مقام رجل، فكذا لا يصح أن يقام حاكمان مقام حاكم واحد.

ولو جاز ذلك لجاز تقديم النساء وتوليتهن الحكومة، فتقوم امرأتان مقام رجل، وهذا باطل باتفاق، ومما يجرى مجرى هذا ما جرى ببلدنا بجهة الرقة، فإنهم قدموا للقضاء ابن عمر، وكان رجلاً أعمى، ولا خلاف بين المسلمين فى ذلك من المنع والتحریم له، وبه قال أبو حنيفة والشافعى.

وبلغنى ذلك عن مالك، وقد أنكرت هذا حين وقوعه. وفيما بقى من مسألة التحكيم بابان، أحدهما: فى صفة من يجوز تحكيمه. والثانى فى تبیین الأحكام التى يجوز التحكيم فيها.

### الباب الأول: فى صفة من يجوز تحكيمه

فأما صفة من يحكم، فأن يكون رجلاً، حرّاً مسلماً، بالغاً، عاقلاً، عدلاً، رشيداً. قال سحنون فى المجموعة وكتاب ابنه: ولو حكما مسخوطاً، أو امرأة، أو مكاتباً، أو عبداً، أو كافراً، فحكمه باطل. قال ابن الماجشون فى المجموعة: وكذلك المولى عليه. وقال فى الواضحة: وكذلك الصبى والمسخوط والنصرانى.

قال أشهب: وكذلك الصبى والمعتوه والموسوس، وإن أصابوا الحكم، لم يجوز حكمهم، وقاله مطرف فى العبد والمرأة. وقال أشهب فى كتاب ابن سحنون: إن حكما



كتاب الأقضية ..... ٢١٩  
بينهما امرأة، فحكمها ماض إذا كان مما يختلف الناس فيه، وكذلك العبد والحر  
المسخوط.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون إن كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين،  
فإن تحكيمهما، وحكمهما جائز، إلا في خطأ بين، وقاله أصبغ وأشهب.  
قال ابن حبيب: وبه آخذ، وقد ولي عمر الشفاء، وهى أم سليمان بن أبى حثمة  
سوق المدينة، ولا بد لوالى السوق من الحكم بين الناس، ولو في صغار الأمور.  
وقال أصبغ: إن حكما مسخوطاً، فحكم فأصاب جاز، وكذلك المحدود والصبي  
إذا كان قد عقل وعرف وعلم، فرب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء.  
وأصل هذا كله أن من جعله من باب الوكالة، لم يراع فيه شيئاً من ذلك إذا لم يكن  
ذاهب العقل، ومن جعله من باب الولاية في حكم خاص لم يجز فيه إلا من قدمنا وصفه  
قبل هذا ممن اجتمعت فيه صفات الحكم.

#### الباب الثانى: فى تبين الأحكام التى يجوز التحكيم فيها

وإنما يصح حكمه بين الخصمين يحكمانه فى الأموال، وما جرى مجراها، ولا يجوز له  
أن يقيم حداً ولا يلاعن، قاله سحنون. وقال أصبغ: لا يقضى بينهما فى قصاص، ولا  
حد قذف، ولا عتق، ولا طلاق، ولا نسب، ولا ولاء، لأن هذه أشياء لا يقطعها إلا  
الإمام. قال أصبغ: فإن حكماء، فحكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه، نفذ حكمه، وينهاه  
السلطان عن العودة.

ووجه ذلك أن هذه أمور لها قدر، فيحتاج لها بأن لا يحكم فيها إلا من قام بالولاية  
العامة؛ لأن ذلك لا يكون إلا بعد معرفة الإمام بأحواله التى يقتضى ذلك له، أو يؤمن  
فى الأغلب امره، أو من الإمام أو الحاكم لمعنى يختص به فى ضرورة داعية إليه، والله  
أعلم.

\* \* \*

#### القضاء فى شهادة الصبيان

١٣٩٠ - قَالَ يَحْيَى: قَالَ مَالِك: عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزُّبَيْرِ كَانَ  
يَقْضَى بِشَهَادَةِ الصَّبْيَانِ فِيمَا بَيْنَهُمْ مِنَ الْحِرَاحِ.

قَالَ مَالِكُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا أَنَّ شَهَادَةَ الصَّبِيَّانِ تَجُوزُ فِيمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْجَرَاحِ، وَلَا تَجُوزُ عَلَى غَيْرِهِمَا، وَإِنَّمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا فِيمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْجَرَاحِ وَحَدَّهَا لَا تَجُوزُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقُوا أَوْ يُخَبِّبُوا أَوْ يُعَلِّمُوا، فَإِنْ افْتَرَقُوا، فَلَا شَهَادَةَ لَهُمْ إِلَّا أَنْ يَكُونُوا قَدْ أَشْهَدُوا الْعُدُولَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ أَنْ يَفْتَرَقُوا.

الشرح: قوله: «أن عبدالله بن الزبير كان يقضى بشهادة الصبيان، فيما بينهم من الجراح» وهو قول أهل المدينة، وبه قال على بن أبى طالب ومعاوية، ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبدالعزيز، ومنع من ذلك أبو حنيفة والثوري والشافعي، وروى ذلك عن ابن عباس.

وقال مالك: معناه عندنا فى شهادتهم على الكبار. وروى وكيع عن ابن جريج عن أبى مليكة: ما رأيت القضاة أخذت إلا بقول ابن الزبير.

والدليل على ما ذهب إليه على ومن تابعه، ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها، والصبيان فى الغالب أحوالهم ينفردون فى ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخاطبهم غيرهم، ويمر بينهم من اللعب والترامى ما ربما كان سبباً للقتل والجراح، فلو لم يقبل بينهم إلا الكبار وأهل العدل؛ لأدى ذلك إلى هدر دمائهم وجراحهم، فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذى يقع على الصحة فى غالب الحال، وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فرع: إذا ثبت ذلك، ففى ذلك ثلاثة أبواب، الباب الأول: فى ذكر من تجوز شهادته منهم. والباب الثانى: فى تبين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم. والباب الثالث: فى حكم من تجوز شهادتهم.

### الباب الأول: فى ذكر من تجوز شهادته منهم

اتفق أصحاب مالك على أنها تجوز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح، واتفقوا على أنها لا تجوز فى الحقوق. قال سحنون: إنما أجزتها فى الجراح، ولم أجزها فى الحقوق للضرورة؛ لأن الحقوق يحضرها الكبار، ولا يحضرون فى جراح الصغار فى الأغلب، ولو حضرها كبير، لم تجز شهادتهم. قيل له: فيلزمك على هذا الغصب أن يعصب بعضاً ثوباً، قال غيره: قد يقبل فى الدماء ما لا يقبل فى الأموال احتياطاً للدماء.

مسألة: واختلف أصحابنا في جوازها في القتل، فروى ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن سحنون: أنها تجوز بينهم في القتل. ومنع من ذلك أشهب.

وقول مالك أن شهادتهم إنما أجيئت للاحتياط للدماء، ولذلك لم تجز في الحقوق، والاحتياط للنفوس أعظم من الاحتياط للجراح، فإذا لم تتكرر لكثرة لعبهم، وتراهم بالحجارة وغيرها، فإنما جوز للضرورة فيما يكثر بينهم مما انفردوا به دون ما يقل ويندر، ولذلك لم يجز في الحقوق والغصب، فإنه يقل بينهم ويندر حال انفردهم.

فرع: فإذا جوزت في القتل، فقد قال غير واحد من أصحاب مالك: لا يجوز فيه حتى يشهد العدول على رؤية البدن مقتولاً.

وجه ذلك أنها شهادة أجيئت للضرورة، فلا تثبت إلا بثبوت أصلها، وما يتعلق فيه شهادة العدول كشهادة النساء على الاستهلال والقتل.

مسألة: ومن ذا الذي تجوز شهادته من الصبيان، روى عن مالك أنها تجوز شهادة الذكور دون الإناث. وقال أشهب: لا تجوز شهادة الإناث. وقال سحنون في المجموعة: اختلف قول ابن القاسم في شهادة إناثهم في الجراح، فلم يجزها في كتاب الشهادات، وأجازها في كتاب الديات.

وقال المغيرة في كتاب ابن سحنون: تجوز شهادة إناثهم وذكورهم في القتل. وقال ابن الماجشون: تجوز شهادة إناثهم. قال سحنون: والذي أخذ به في ذلك أنه تجوز شهادتهم صغاراً حيث تجوز كباراً.

وجه رواية المنع أن الضرورة إنما تدعو إلى ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر، وحضور الإناث مع الذكور منهم يقل لاسيما في المواضع التي يقل منهم مثل هذا، فلذلك لم تدع الضرورة إلى قبول شهادتهم.

ووجه الإجازة أن الصغار تجوز شهادتهم فيما انفردوا بحضوره كالذكور.

فرع: فإذا قلنا تقبل شهادة الإناث، فقد روى معن بن عيسى عن مالك: أنه يقبل منهم غلام وجاريتان، رواه مطرف عن مالك. وقال ابن الماجشون: أقل ما يجزئ من شهادة الصبيان غلامان أو غلام وجاريتان، ولا يجوز غلام وجارية، ولا جوار، وإن كثرن؛ لأنهن وإن كثرن مقام اثنتين، واثنان مقام غلام، ولا يحكم بشهادة الغلام.

قال ابن القاسم: ولا يكون معه قسامة. وقال المغيرة: ولا يحلف معه في الجراح،

٢٢٢ ..... كتاب الأقضية

لأنه لو شهد معه كبير عدل، سقطت شهادته، فيمين الولي معه كشاهد معه.

مسألة: قال مالك: ولا تجوز شهادة العبد منهم. زاد ابن الماجشون. ولا شهادة من على غير الإسلام.

وروجه ذلك أن من لا تجوز شهادة كبارهم لا تجوز شهادة صغارهم كالمجانين والمخبولين، وإن شهد أحرارهم لعيبيدهم، جاز، قاله أشهب في المجموعة.

مسألة: ولا ينظر في الصبيان إلى عدالة ولا عداوة، قاله ابن المواز وابن الماجشون. قال محمد: ولم يختلف في أنه لا ينظر إلى عدالة ولا جرحه فيهم. قال سحنون: لأن عداوتهم لا عود لها، ولا نفع في موضع العداوة، يريد والله أعلم، أنه لا يثبت، وليس لهم من الحال ما يقصدون به إلى أذى من يعاديهم. يمثل هذا. قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: إذا ثبتت العداوة، لم تجز.

وروجه ذلك أن هذه شهادة، فأثر في إبطالها العداوة كشهادة الكبار.

مسألة: وهل يجوز لذوى القرابة، قال ابن المواز: لا ينظر في شهادتهم إلى جرحه ولا قرابة. وقال عبد الملك: تسقط في القرابة. وقال في المجموعة: يجري مجرى الكبير في الأبوين والجدود والزوجة، فتد في هذا؛ لأنه يجع إلى نفسه، وقاله سحنون.

وجه قول ابن المواز أنه لم يعتبر بعداوتة ولا عدالته، فيجب أن لا يعتبر بقرابته؛ لأن العداوة تمنع الشهادة بكل وجه، والقرابة لا تمنعها إلا على صفة مخصوصة، فكانت العداوة أبلغ في رد الشهادة من القرابة، فإذا لم تمنع العداوة شهادة الصبيان، فبأن لا يمنع منها القرابة أولى وأحرى.

وروجه قول عبد الملك اعتبارها بشهادة الكبار.

### الباب الثاني: في تبين الحالة التي تجوز عليها شهادتهم

هى أن لا يكون بينهم كبير، وتقيد شهادتهم قبل أن يتفرقوا. فأما الكبير، يكون معهم، فإن ذلك يمنع قبول شهادتهم، وإنما تجوز شهادتهم إذا انفردوا، وهو قول مالك وأصحابه.

وجه ذلك أن شهادتهم إنما أجزت بينهم للضرورة، والضرورة إنما تكون إذا انفردوا، فإذا كان معهم كبير، فقد زالت الضرورة، وصاروا على حالة يمكن إثبات أحكامهم معها، فلم تقبل شهادتهم.

كتاب الأفضية ..... ٢٢٣

وقد قال أصبغ فى العتية: ولو شهد صبيان أن صبيًا قتل صبيًا مباغتة، وشهد رجلان أنه لم يقتله، وأنهما حاضران حتى سقط الصبى، فمات دون أن يضربه أحد، أو يقتله، فشهادة الصبيان تامة، ولا ينظر إلى قول الكبيرين كما لو شهد رجلان أنه قتله، وشهد آخران أنه لم يقتله، ولا ينظر إلى الأعدل.

قال ابن سحنون: أنكر سحنون قول أصبغ هذا، وقال: قول أصحابنا: إن شهادة الكبيرين أحق، وأنها كالجرحة للصغار، وغير هذا خطأ غير مشكل.

مسألة: وسواء كان الكبار رجالاً أو نساء؛ لأن النساء يجزن فى الخطأ، وعمد الصبى كالخطأ، قاله كله سحنون.

وقال ابن المواز: إذا كان معهم كبير، رجل أو امرأة، شاهد أو مشهود، له أو عليه، لم تجز شهادة الصغار إلا كبير مقتول، لم يبق حتى يعلمهم، يريد والله أعلم، أن يكون قتله بعضاً، لا يبقى له بعد سببه حياة يعلمهم، ويلقنهم الشهادة، مثل أن يلقيه أحد الصبيان من علو عظيم، لا يصح أن يعيش من سقط منه أو يلقيه من علو فى بحر، فيغرق أو يضربه بسيف ضربة يبين بها رأسه أو ما جرى مجرى ذلك.

مسألة: وهل تراعى العدالة فى الكبير الذى يكون معهم، قال مالك: إذا شهد صبيان مع كبير، لم تجز شهادتهم. قال مطرف: إذا كان الكبير عدلاً، فأما إذا كان مسخوطاً أو نصرانياً أو عبداً، لم تضر شهادة الصبيان، وقاله ابن الماجشون وأصبغ.

وروى ابن سحنون عن أبيه: إن كان معهم كبير غير عدل، وكان ظاهر السفه والجرحة، جازت شهادة الصبيان، ثم وقف على إجازتها.

وجه القول الأول أنه إذا كان الذى حضر لا تقبل شهادته، فبأن لا تؤثر فى رد شهادة غيره أولى.

وجه قول سحنون الآخر فى توقفه عن ذلك أنه قد صلحت حالهم بحضور الفاسق معهم عن حال الضرورة، والحال المتكررة، إلى حال ينذر ويقل من جريان مثل هذا بينهم؛ لأن مثل هذا مختص بموضع يحضره الكبار. والله أعلم، ولذلك لو شهد الكبير بمثل ما شهد به الصبيان، بطلت شهادة الصبيان.

وقد روى ابن سحنون عن مالك: لا يقبل صبى أو صبيان، ورجل على صبى، ويكلف شهادة رجل آخر، رواه ابن المواز عن أشهب عن مالك، فثبت أن الذى يؤثر فى منع قبول شهادتهم حضور الكبير، دون اعتبار حاله، والله أعلم.

٢٢٤ ..... كتاب الأقضية

فصل: وأما افتراقهم، ففي المجموعة من قول مالك أنه إنما تجوز شهادتهم ما لم يفترقوا أو يخبوا، فلا تجوز.

وجه ذلك أنها إنما أجزت شهادتهم للضرورة التي قدمنا ذكرها من أنهم ينفردون باللعب بما يكثر به الجراح، وربما أدت إلى القتل، والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها، بأن تثبت بما لا يثبت بها غيرها، ومما يوجب القسامة، ومثل ذلك لا يجوز في المال، وليس لهم من الضبط والثبات ما يمنعهم من الانتقال من قول إلى قول، ومن رأى إلى رأى، ولا علمت لهم عدالة يؤمن من ذلك.

فإنما يحكم بأول قولهم، وما ضبط منه قبل تفرقهم ما لم تقيد شهادتهم قبل التفريق، فتبطل شهادتهم، فإن أشهد على شهادتهم قبل تفرقهم، لم يؤثر في شهادتهم تفرقهم، وهذا كله معنى قول مالك.

مسألة: ومعنى قوله: أن يخبوا، أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلغنوهم الشهادة، ويصرفوهم عن وجهها، أو يزينوا لهم الزيادة فيها، أو النقصان منها، فإذا كان ذلك، لم تقبل شهادتهم، وبطلت، وإنما يقبل على الوجه الذي قدمناه.

مسألة: فإن اختلفوا في الشهادة، فقال اثنان منهم، فلان شح فلاناً، وقال آخرون منهم: بل شحه فلان، ففي النواذر عن مالك أنه قال في كتب قدم ذكرها إلا كتاب ابن حبيب: تبطل شهادتهم.

ووجه ذلك أن شهادتهم إنما تقبل ما لم يكن فيها تهاتر، ولو اختلفت اختلافاً يقتضى في الكبار الأخذ بشهادة أحدهما، لم تبطل بذلك شهادة الصبيان.

وقد قال ابن الماجشون في المجموعة والعتبية: لو شهد صبيان أن صبيّاً قتل صبيّاً، وشهد آخرون أنه لم يقتله، وإنما أصابته دابة، قضى بشهادة الذين شهدوا بالقتل.

ووجه ذلك أنهم لو كانوا كباراً عدولاً؛ لحكم بشهادة شاهدي القتل، فكذلك هذا.

مسألة: وأما رجوعهم عن الشهادة، فقد قال ابن وهب عن مالك: لا يسأل برجعهم إذا أشهد على شهادتهم قبل أن يفترقوا.

وقال سحنون: وهو معنى قول ابن المواز إلا أن يرجعوا قبل الحكم، وبعد أن صاروا رجالاً، فيكون ذلك مبطلاً لشهادتهم بمنزلة ما لو شهد رجلان أن ما شهد به الصبيان باطل، قاله ابن الماجشون في المجموعة.

### الباب الثالث: فى حكم من تجوز شهادتهم

فإنهم إن شهدوا بقتل صبي لصبي، ففى كتاب ابن الموزان عن ابن القاسم: تلزم العاقلة الدية بلا قسامة، وقاله أصبغ. قال سحنون: وعمد الضبي كالحطأ. ووجه ذلك أنها شهادة كاملة، فاستغنت عن القسامة، ووجبت الدية على العاقلة؛ لأنه بمنزلة قتل الخطأ، والله أعلم.

مسألة: وروى ابن وهب عن مالك فى ستة صبيان لعبوا فى البحر، فغرق واحد منهم، فشهد ثلاثة على اثنين أنهما غرقاه، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه، قال: القتل على الخمسة؛ لأن شهادتهم مختلفة.

قال ابن المواز: هذا غلط لاختلافهم ولا يجوز. وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف، قال: ولو كانوا كباراً، فاختلفوا هكذا كانت الدية عليهم فى أموالهم؛ لأنه صارت شهادتهم إقراراً.

وقول مالك الأول يقتضى أن اختلاف شهادتهم، لا يمنع قبولها لاسيما إذا لم يكن يقتضى التهاثر، وإبطال بعضها، والله أعلم وأحكم.

\* \* \*

### ما جاء فى الحنفى على منبر النبى ﷺ

١٣٩١ - مَالِكُ عَنْ هِشَامِ بْنِ هِشَامٍ (\*) بِنِ عُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نِسْطَاسٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنبَرِي آثِمًا تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ» (١).

١٣٩١ - أخرجه أبو داود فى الإيمان والنذور ٣٢٤٦. ابن ماجه فى الأحكام ٢٣٢٥. أحمد فى باقى مسند المكثرين ١٤٢٩٦، ١٤٦٠٦. البيهقى ٣٩٨/٧، عن جابر. الحاكم ٢٩٦/٤، عن جابر. ابن حبان ٢٨١/٦، عن جابر بن عبد الله.

(\*) قال ابن عبد البر فى الاستذكار ٨٢/٢٢: هكذا قال مالك: هاشم بن هاشم، وهو: هاشم ابن هاشم بن هاشم بن عتبة بن أبي وقاص الزهرى، روى عنه مالك أبو ضمرة، أنس بن عياض، ومكى بن إبراهيم، وشجاع بن الوليد أبو بدر السكونى. وقد قيل: إن هاشم بن هاشم الذى روى عنه مالك، هو أبو هاشم ابن هاشم. وقد جعلهما أبو حاتم الرازى واحداً، فقال: هاشم بن هاشم بن هاشم بن عتبة بن أبي وقاص الزهرى، روى عن سعيد بن المسيب وعامر بن سعد.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٦٨/٨: لم يختلف الرواة عن مالك فى إسناد هذا الحديث ومثله، إلا أن أكثر الرواة عن مالك يقولون فيه: من حلف على منبرى هذا يمين آثمة. كذا قال ابن بكير، وابن القاسم، والقعنبي، وغيرهم.

١٣٩٢ - مَالِكُ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ مَعْبُدِ بْنِ كَعْبٍ السَّلْمِيِّ، عَنْ أَخِيهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ كَعْبٍ بْنِ مَالِكِ الْأَنْصَارِيِّ، عَنْ أَبِي أُمَامَةَ<sup>(١)</sup> أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَأَوْجِبَ لَهُ النَّارَ». قَالُوا: وَإِنْ كَانَ شَيْئًا يَسِيرًا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكٍ، وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكٍ، وَإِنْ كَانَ قَضِيًّا مِنْ أَرَاكٍ، قَالَهَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ».

الشرح: قوله: «من حلف على منبري» إنما يريد والله أعلم، حاثًا على وجه يَأْتُم بِهِ «تَبَوُّأً مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ» يريد والله أعلم، قعد مقعده من النار، وإنما ذكر منبره في هذا الحديث على سبيل التعظيم له والإعلام بتغليظ أمره على من حلف عليه آثمًا.

وقد ذكر في الحديث الثاني حديث أبي أمامة الحارثي «أنه من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه، حرم الله عليه الجنة، وأوجب له النار» ولم يذكر منبره.

وكذلك حديث أبي وائل عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «من حلف على يمين، يقتطع بها مال امرئ مسلم، لقي الله تعالى وهو عليه غضبان» فأنزل؛ الله تصديق ذلك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] الآية، فعلم بذلك أن ذكر المنبر في الحديث الأول على معنى التغليظ، والله أعلم.

فصل: قوله: «وإن كان قضيًّا من أراك» على أنه لا يلزم اليمين على المنبر في قضيب من أراك لقلته وتفاهته، وإنما يجب ذلك فيما له بال، لكنه إن وقع من أحد اليمين على منبر النبي ﷺ في قضيب من أراك أو شيء تافه، فهذا حكمه، وليس في الحديث أنه يجبر على اليمين عند المنبر في هذا المقدار، وإنما تضمن الحديث حكم من حلف عنده آثمًا.

وهذا القول منه ﷺ، وإن كان على البت فيمن حلف على منبره أو حلف، فاقطع بيمينه حق امرئ مسلم، فأوجب له النار، فإن لشيوخنا في ذلك قولين، أحدهما: إن الوعيد ليس من باب الخبر، فلا يقال لمن رجع عنه كاذب، ولذلك قال الشاعر:

١٣٩٢ - أخرجه مسلم في الإيمان ١٣٧. النسائي في آداب القضاة ٥٤١٧. ابن ماجه في الأحكام ٢٣٢٤. أحمد في باقي مسند الأنصار ٢١٧٣٦. الدارمي في البيوع ٢٦٠٣. البيهقي ١٧٩/١٠، عن أبي أمامة. الطحاوي بمشكّل الآثار ١٨٦/١، عن أبي أمامة.

(١) قال ابن عبد البر: أبو أمامة هذا ليس هو أبو أمامة الباهلي، إنما هو أبو أمامة الحارثي الأنصاري أحد بني حارثة، قيل اسمه إياس بن ثعلبة، وقيل ثعلبة بن سهيل.



وإني وإن أوعدته أو وعدته لمخلف إيعادى ومنجز موعدى  
يمدح نفسه بإخلاف الوعيد، ولو كان ذلك كذباً لما مدح نفسه بها، فعلى هذا  
الوعيد متوجه إلى كل عاص، وقيل إن الوعيد من باب الخبر، وأن الخلف فيه ضرب من  
الكذب، وذلك محال فى صفة البارى تعالى، فعلى هذا الوعيد متوجه إلى كل من علم  
البارى تعالى أنه لا يغفر له، وأنه لا بد أن يعاقبه دون من أراد العفو عنه، وقد قال تعالى:  
﴿ذلك وعد غير مكذوب﴾ [هود: ٦٥]، وقال عز من قائل فى إسماعيل: ﴿إله كان  
صادق الوعد﴾ [مريم: ٥٤]، فوصف الوعد بالصدق والكذب.

\* \* \*

### جامع ما جاء فى اليمين على المنبر

١٣٩٣ - مَالِك عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ أَنَّهُ سَمِعَ أَبَا غَطَفَانَ بْنَ طَرِيفٍ الْمُرِّيَّ،  
يَقُولُ: اخْتَصَمَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ الْأَنْصَارِيُّ وَأَبْنُ مُطِيعٍ فِي دَارٍ كَانَتْ بَيْنَهُمَا إِلَى مَرْوَانَ  
بْنِ الْحَكَمِ، وَهُوَ أَمِيرٌ عَلَى الْمَدِينَةِ، فَقَضَى مَرْوَانُ عَلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ بِالْيَمِينِ عَلَى  
الْمَنْبَرِ، فَقَالَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ: أَخْلِفُ لَهُ مَكَانِي، قَالَ: فَقَالَ مَرْوَانُ: لَا وَاللَّهِ إِلَّا عِنْدَ  
مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ، قَالَ: فَجَعَلَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ يَحْلِفُ أَنَّ حَقَّهُ لِحَقِّ، وَيَأْبَى أَنْ يَحْلِفَ  
عَلَى الْمَنْبَرِ، قَالَ: فَجَعَلَ مَرْوَانُ بْنُ الْحَكَمِ يَعْجَبُ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى أَنْ يُحْلَفَ أَحَدٌ عَلَى الْمَنْبَرِ عَلَى أَقَلِّ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ، وَذَلِكَ  
ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ.

الشرح: قضاء مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر هو مذهب أهل المدينة،  
ولم يكن زيد يقول أنه لا يلزمه ذلك، وإنما كان يمتنع منه إعظاماً له. وقد روى عن  
عبدالله بن عمر أنه كان يكره ذلك، وإن كان صادقاً، ويقول: أخشى أن يوافق قدراً،  
فيقال أن ذلك ليمينه.

مسألة: وإذا ثبت ذلك، فاليمين تغلظ بالمكان فى الأموال وغيرها من الحقوق، قال  
فى المدونة: على الطالب والمطلوب، وبه قال الشافعى: ومنع من ذلك أبو حنيفة.  
والدليل على ما نقوله قول النبى ﷺ: «من حلف على منبرى آثم ما تبوأ مقعده من

٢٢٨ ..... كتاب الأفضية

النار». وهذا يقتضى أن له تأثيراً فى الإيمان وتعلقاً بها، ولا يفعل ذلك أحد فى الغالب مختاراً، فثبت أنه إنما توجه إلى الحكم به، وإلا بطلت فائدة التخصيص.

ومن جهة المعنى أن التغليظ يتعلق بالكثير من الأموال، للردع عنها كالقطع فى السرقة.

مسألة: وهل تغلظ بالزمان أم لا؟ روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون: يتحرى بأيمانهم فى المال العظيم، وفى الدماء واللعان، الساعات التى يحضر الناس فيها المساجد، ويجتمعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال، وحق فى كل حين.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يحلف حين الصلوات إلا فى الدماء واللعان. فأما فى الحقوق، ففى أى وقت حضر الإمام استحلفه، قاله ابن القاسم وأصبغ. فوجه القول الأول قوله تعالى: ﴿تَجْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا﴾ [المائدة: ١٠٦]، وهذه يمين فى مال، فجاز أن يغلظ بالزمان كاللعان والقسامة.

مسألة: هل تغلظ بالإيمان بتكرر الصفات، روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون: يحلفون فيما يبلغ من الحقوق ربع دينار، وفى القسامة واللعان على المنبر بالله الذى لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، ما كانت فيه يمين واحدة حلف هكذا، وما رددت، رددت هكذا.

وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن الإيمان فى الحقوق والدماء واللعان، وفى كل ما فيه اليمين على المسلمين بالله الذى لا إله إلا هو. زاد ابن المواز: والحر والعبد سواء، وهذا هو المشهور من مذهب مالك، وبه قال ابن القاسم، ورواه عن مالك فى المدونة.

وجه القول الأول، وهو مذهب الشافعى، أن هذا معنى تغلظ به الإيمان، فجاز أن يحكم بها أهل ذلك الزمان والمكان.

وجه القول الثانى أن هذه الصفات كثيرة لا يمكن أن يستوعب، وليس ما نورد منها بأولى من غيرها، وما يغلظ به من غيرها، فله غاية لا تلحق المشقة ببلوغها.

ومن جهة القياس أن هذا معنى يقتضى التكرار، فلم تغلظ به الإيمان فى الأموال كتكرار اليمين.

مسألة: اتفق أصحابنا على أن الذى يجزئ من التغليظ باليمين، والله الذى لا إله إلا هو، فإن قال: والذى لا إله إلا هو، أو قال: والله، فقط، فقد قال أشهب: لا يجوز ذلك حتى يقول: والله الذى لا إله إلا هو.

مسألة: وعين الحر والعبد والنصرانى فى الحقوق سواء. وفى المدونة: ويحلف النصرانى بالله، فقط، ولا يزداد عليه الذى أنزل الإنجيل على عيسى، واليهودى والنصرانى عند مالك سواء. قال ابن القاسم: والمجوس يحلفون بالله.

فصل: وأما التغليظ بالمكان، فهو بالجامع، وهو المسجد الأعظم الذى تقام فيه الجمعة، قاله مالك فى المدونة وغيرها. وهل يكون تغليظها بسائر المساجد؟ فى النوادر: لا يحلف فى مساجد القبائل فى قليل ولا كثير.

وروى ابن سحنون عن مالك: ما علمت أنه يحلف فى مساجد الجماعات كالأمصار. روى عنه ابن القاسم فى كتاب ابن المواز: يحلف فى مساجد الجماعة فيما له بال، ولا أشك أنه يحلف فيها فى ربع دينار.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: فيحتمل عندى أن يريد المسجد الجامع، فقد روى عنه ابن وهب: أن المرأة تحلف فى المسجد، قال: يريد المسجد الجامع تخرج إليه بالليل، ويحتمل أن يريد غيره من المساجد، فقد روى ابن سحنون عن أبيه فى امرأتين ادعى عليهما فى أرض ودور، وهما ممن لا تخرجان، فأرى أن تخرجتا من الليل إلى الجامع. قال: فستل أن يحلفهما فى أقرب المساجد إليهما، وشق عليهما الخروج إلى الجامع، فأجاب إلى ذلك، فهذه المسألة نص فى أن اليمين كانت فى غير الجامع. والظاهر أن سحنوناً هو الذى أسعف سؤال السائل فى ذلك لما يراه من المصلحة، وهذا يقتضى أنه حق للحكم فى مثل هذه المسألة.

وجه ذلك أنه معظم من المساجد، فجاز أن تغلظ به الأيمان مع إرادة الستر لمن ثبت ذلك فى حقه كالجامع.

وروجه الرواية الأولى أن التغليظ إنما هو معنى المبالغة، وذلك يقتضى اختصاصه بأعظم المساجد حالاً، ولذلك يختص بأرفع المساجد مكاناً، والله أعلم.

قال الشيخ أبو القاسم: لا يحلف عند منبر النبى ﷺ فى أقل من ربع دينار، ويحلف على أقل من ذلك فى سائر المساجد.

٢٣٠..... كتاب الأفضية

مسألة: إذا قلنا إن اليمين تكون في المسجد الأعظم، فإنها تكون في مسجد النبي ﷺ عند المنبر. قال مالك: ولا أعرف المنبر في سائر الآفاق، وإنما أعرف منبر النبي ﷺ، ولكن للمساجد مواضع هي أعظم. زاد ابن سحنون عن مالك: ولكن يحلف حيث يعظم فيه، فيحتمل من جهة اللفظ أن يريد بقوله: لا أعرف المنبر في المساجد، المنع من اتخاذ المنبر في مساجد الآفاق.

وقد أجمع المسلمون من عهد الصحابة على اتخاذها في كل بلد، وهو من أعلم الناس بها، فمحال أن يريد هذا، والصحيح أنه أراد بذلك أنه لا يعرف أن حكم سائر المنابر في البلاد، حكمها في ذلك حكم منبر النبي ﷺ، وإنما هذا حكم يختص بمنبر النبي ﷺ.

وقد روى ابن وهب عن مالك: لا يحلف عند منبر من المنابر إلا عند منبر النبي ﷺ.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: يستحلفون فيما له بال أو في ربع دينار، في المدونة: عند منبر النبي ﷺ وبغيرها في مسجدهم الأعظم، حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء قبلتهم.

ووجه ذلك عندي، والله أعلم، أن منبر النبي ﷺ في وسط المسجد، وهو في موضعه الذي كان فيه زمن النبي ﷺ، وهو بعيد من القبلة والمحراب الذي أحدث حين زيد في المسجد؛ لأن حائط القبلة نقل من قرب المنبر حين زيد في المسجد، فصار المنبر في وسط المسجد، فكانت اليمين عند المنبر أولى؛ لأنه موضع مصلى النبي ﷺ وعند منبره.

وأما القبلة والمحراب، فشيء بنى بعده، وأما منابر سائر المساجد، فعند المحراب، فمن حلف، وإنما يحلف عند المحراب بقرب المنبر، وأعظم شيء في المساجد المحاريب، ولو اتفق أن يكون في بعض البلاد المنبر في وسط المسجد؛ لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر، فهذا معنى قول مالك والله أعلم، ومعنى قول الشيخ أبي القاسم: لا يحلف عند منبر من المنابر إلا عند منبر النبي ﷺ.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الرجال والنساء، فمن كانت من النساء تخرج وتتصرف، فحكمها في ذلك حكم الرجال، ومن كانت منهن لا تخرج نهاراً، خرجت ليلاً، قاله ابن القاسم عن مالك. قال ابن القاسم: وأم الولد في ذلك بمنزلة الحرة من كانت منهن تخرج، ومن كانت لا تخرج.

كتاب الأفضية ..... ٢٣١

قال: والحر والعبد سواء، وكذلك المكاتب والمدير سواء. وأما اليهود، فيحلفون فى كنائسهم، والنصارى فى بيعهم، والمجوس حيث يعظمون، رواه ابن القاسم عن مالك، وقاله مطرف وابن الماجشون فى الواضحة.

ووجه ما قدمناه من التغليظ بالمكان، فيغلظ على حكم أهل كل شريعة بالمواضع التى يعظمون.

الفصل: والمقدار الذى يلزم فيه اليمين فى الجامع، وفى المواضع التى تعظم منه فى حق الرجال، ومن كان حكمها، حكمهم من النساء. قال مالك: لا يستحلف فى المدينة عند منبر ﷺ إلا فى ربع دينار أو فى ثلاثة دراهم، وهو كان ربع دينار. وقال الشافعى: لا تغلظ الأيمان إلا فى مائتى درهم أو عشرين ديناراً.

ودلينا على ذلك أن الربع دينار قد يتعلق به السرقة كالعشرين ديناراً.

مسألة: ولا تغلظ الأيمان بما ذكرناه فى أقل من ربع دينار. وحكى القاضى أبو محمد أن بعض المتأخرين، قال: إن الأيمان لا تكون إلا عند المنبر فى القليل والكثير.

والدليل على ما نقوله أن هذا نوع من الردع عن المال، فلم يتعلق بالقليل منه كالقطع فى السرقة.

ووجه ثان، وهو أن هذا ابتذال للموضع، مع ما يلزم من تعظيمه وتوقيره.

وروى عن عبدالرحمن بن عوف أنه رأى رجلاً يحلف عند منبر النبى ﷺ، فقال: أعلى دم؟ قالوا: لا، قال: أفعلى عظيم من المال، لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان، ولم ينكر ذلك عليه أحد. وقد احتج بها القاضى أبو محمد.

مسألة: وأما من لا تخرج من النساء نهائاً أو تخرج ليلاً، فتحلف فى الجامع، ففى كم تخرج؟ قال مطرف وابن الماجشون: تخرج فى ربع دينار. وروى ابن المواز عن أبى القاسم: لا تخرج فيه، ولا تخرج إلا فى المال الكثير الذى له بال.

وجه القول الأول أن هذا شخص تغلظ عليه اليمين فى المال، فغلظت فى ربع دينار كالرجل.

ووجه القول الثانى أن المرأة التى لها القدر يلزمها من التصاوان ما لا يلزم الرجال، فلا تبتذل بالأيمان فى الجوامع، إلا فى القدر الكثير الذى يحتاج ردع مثلها عن مثله.

٢٣٢ ..... كتاب الأقضية

مسألة: ومن باع ثوباً، فوجد به المبتاع عيباً، فادعى البائع أنه أعلمه به، وتبرأ إليه منه، قال ابن المواز عن أصبغ: إن كان نقصان العيب ربع دينار فأكثر، لم يحلف إلا في الجامع.

وروجه أن المراعى في ذلك ما تداعيا فيه، وهو قدر العيب، وفيه تجب اليمين.

مسألة: ولو ادعى رجل على رجلين أو رجال ربع دينار، فقد روى في العتبية ابن القاسم عن مالك: لا يستحلفون إلا في الجامع، قيل له: أيستحلفون عند المصحف؟ فقال: بل يستحلفون عند المسجد.

وروجه المنع من استحلافهم أن كل واحد منهم إنما يستحلف في أقل من ربع دينار، ولو نكل عن اليمين لم يجب عليه إلا قدر حصته منه.

وقوله: بل يحلف في المسجد، منع من أن يقصد إلى التغليظ عليهم بجامع أو عند المصحف. وقال: بل يحلفون في المسجد، ولعله أراد أن الحاكم الذي يقضى بذلك في الأغلب، يكون في المسجد على أصله ومذهبه، فيحلف في موضعه، ولا يقام منه إلى موضع تغلظ عليه فيه اليمين.

وفى كتاب ابن المواز: لا يحلفون في الجامع، ولا عند المنبر، إلا في ربع دينار، ولعله يريد لا يحلفون إليه على سبيل التغليظ، والله أعلم.

مسألة: وأما من وجبت عليه يمين في طلاق، أو عتاق، أو نكاح، أو غير ذلك مما ليس بمال، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في عبد حنث في يمين بطلاق، فقال: حلفت بواحدة، وسيد الزوجة شهد عليه بالبينة، فقال ابن القاسم: يحلف عند المنبر ما حلف إلا بطلقة.

وروجه ذلك أن صداق الزوجة لا يكون أقل من ربع دينار، فلا يحلف في عوضه إلا عند المنبر؛ لأنه لا يصلح أن يكون قيمته أقل من ذلك.

مسألة: وأما صفة الخالف حال يمينه، فروى ابن القاسم عن مالك: يحلف الرجل قائماً إلا من به علة، ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في الرجال والنساء فيما ادعى عليهم لو اقتطعوه بأيمانهم في ربع دينار، وما لم يبلغه، فإنما يحلفون جلوساً إن شاءوا. وروى ابن كنانة عن مالك: يحلف جالساً ولا يحلف قائماً.

وجه الرواية الأولى أنه ما شرع فيه التغليظ عليه، وإلزامه القيام من معنى التغليظ، فيجب أن يلزمه.

كتاب الأقضية ..... ٢٣٣

مسألة: ويحلف الرجال والنساء مستقبلى القبلة فيما له بال، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون. قال ابن القاسم: ما سمعت أنه يستقبل بالخالف القبلة.

وجه القول الأول أنه تغليظ عليهم لما يلزم من تعظيم الجهة، فغلظ باستقبالها كما غلظ عليه باليمين عند الموضع الموجه لها المعظم منها.

وجه القول الثاني أن هذه حالة لا يلزمه فيها الطهارة، فلا يلزمه استقبال القبلة كسائر الحقوق.

فصل: وقوله: «أحلف مكاني» يحتمل أن يريد به أن ذلك هو الحق عنده، ويحتمل أن يرغب في أن يقنع بذلك منه، أن كل ذلك من الحقوق الحاكم على ما تقدم من مذهب سحنون أو من حقوق الطالب باليمين.

وقول مروان، وهو الحاكم في قضية: «لا والله، إلا مقاطع الحقوق، ولم ينكر عليه زيد، ولا غيره» يقتضى أن للحقوق مقاطع معينة، وأنه لا يقنع منه إن كان الحق له باليمين فيها أو لا يفتى عليه إن كان حقًا للطالب إلا بذلك.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ممن وجبت عليه اليمين عند المنبر، وما أشبهه المواضع، فقال: أنا أحلف مكاني، فهو كتكوله عن اليمين، إن لم يحلف في مقاطع الحقوق، وغرم إن ادعى عليه، أو بطل حقه، إن كان مدعيًا، وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت.

فصل: وقوله: «يحلف أن حقه لحق، ويأبى أن يحلف عند المنبر» يريد تحقيق ما قاله من دعوى أو إنكار، وأنه لا يمنعه من اليمين عند المنبر ما يعتقدون إبطال ما يقول، ويخاصم به، ولكن لتعظيم حرمة منبر النبي ﷺ، ولم تكن تلك اليمين ما يستحق بها حقًا، ولا يدفع بها غرمًا؛ لأن مستحق اليمين لم يقبضها منه هناك.

وفى كتاب ابن سحنون عن مالك: من قضى عليه باليمين عند المنبر، فأبى أن يحلف، وحلف في مقامه أنه يقضى عليه، وكذلك عندى لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين، لم يبر بها حتى يحلف، وصاحب الحق مقتضيًا ليمينه.

ولو اقتضاه يمينه في صحن الجامع، ورضى بها، أو في منزله، أو في غيره، أجزأته يمينه، ولم يكن لصاحب اليمين عليه يمين من بعد ذلك، قاله محمد بن عبدالحكم.

وجه ذلك أنه إذا اقتضى منه ما رضى به، فليس له الرجوع بعد رضاه واستيفائه له.

فصل: واختصاص زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مراون، لا ندرى من الطالب من المطلوب، ولا هل كانت للطالب بيعة، أو كيف كان حكمها، غير أنه إن وقف الطالب المطلوب على ما يدعيه عليه، ففي المجموعة عن عبد الملك إذا لم يبين المدعى دعواه ما هو؟ وكم هو؟ لم يستل الدعي عليه عنه كما قال: أنا أطلب منك هذه الدار، فبين من أين هي لك، فلا يستل المطلوب عن ذلك.

قال القاضي أبو الوليد: ومعنى ذلك عندي حتى يقول أن هذه الدار لي، فهل صارت إليك من جهتي أو من جهة أحد بسببي، فيلزم المطلوب الجواب أنها لم تصر إليه من جهته، ولا من جهة أحد بسببه.

مسألة: فإن حقق المدعى دعواه وبينه، لزم المطلوب جوابه، بإقرار أو إنكار. وقد روى في العتبية والمجموعة عن أشهب أن ابن كنانة سأل مالكاً عما في يده دار، فيدعي رجل أنها لجدّه، فقال المطلوب: لا أقر، ولا أنكر، ولكن أقم البيعة على دعواك، قال مالك: يجبر المدعى عليه حتى يقر أو ينكر. وروى ابن المواز عن ابن الماجشون مثل ذلك، قال محمد: وذلك صواب.

مسألة: ومن ادّعى عليه بستين ديناراً، فأقر بخمسين، وتأبى في العشرة أن يقر أو ينكر، فإنه يجبر بالحبس حتى يقر بها أو ينكر إذا طلب ذلك المدعى كما قال مالك وابن الماجشون، وقال: أستحسن إذا تمادى على شك، فأنا أحلفه أنه ما وقف على الإقرار أو الإنكار، إلا أنه على غير يقين.

فإذا حلف على هذا أو رد العشرة ويحبس بها، فالحكم بلا يمين على المدعى أن كل ما ادّعى عليه، لا يدفع مع الدعوى، فإنه يحكم عليه بغير يمين.

قال ابن المواز: وكذلك المدعى عليه دور في يده لا يقر ولا ينكر، فأنا أجبره على ذلك، فتمادى حكمت عليه للمدعى بلا يمين، وهو معنى مسألة مالك عندي في الذي يصبر على الامتناع من الإقرار والإنكار، ولا يدعي شكاً.

ومسألة ابن المواز في العشرة دنائير في الذي يقول: لا أعلم، ويدعي الشك، وكان الصواب عنده، أن لا يحلف، فإنه لا معنى ليمينه، فإن الحكم المتوجه إلى الناكل لا يفتقر إلى يمين في النكول؛ لأنه إذا نكل عند هذه اليمين التي ألزمه إياها، لم يجد سبيلاً إلا إلى الحكم عليه بما ادّعى عليه، والله أعلم.

ويقتضى قول مالك وابن الماجشون أنه إن تمادى عليه كره بالسجن وغيره. وقال



ابن سحنون عن أبيه: فإن تمادى أَدَب حتى يقر أو ينكر، ولا يقبل منه غيره.

ويقتضى قول ابن المواز أنه إذا أصر، وقد أعذر إليه بالجب، أن يحكم عليه ويغرم ما ادعى عليه؛ لأنه نكول لا يوجب رد اليمين على حصته، فأوجب الحكم عليه كنكول المدعى عليه، ترد عليه اليمين.

مسألة: فإن قال المطلوب: قد تقدمت بينى وبين الطالب مخالطة، فمن أى وجه يدعى هذا، لزم، أن يسئل عن ذلك الطالب، فإن بين وجه طلبه، وقف المطلوب على ذلك، ولزمه أن يقر أو ينكر، وإن أبى الطالب أن يبين سبب دعواه، فلا يخلو أن يقول: لا أذكر السبب، أو لا يقول ذلك، ويمنع من وجه طلبه.

فإن قال: أنسيته، قبل ذلك منه بغير يمين، ولزم المطلوب أن يقر أو ينكر، وإن أبى من تبينه مع ذكره له، لم يسئل المطلوب عن شىء، قاله أشهب فى المجموعة ونحوه فى كتاب ابن الماجشون.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وكان القياس عندى أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب أنه لا يذكر سبب ما يدعيه؛ لأنه قد يكون لو ذكر السبب وجد منه مخرجاً، وإذا كتمه، لم يمكنه المخرج منه، فيريد كتماناً، لتلزمه اليمين، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن بين المدعى السبب، فأنكر المطلوب، وقال: أنا أحلف أنه لا شىء له عندى من هذا السبب، لم يجزه حتى يقول: والله، لا أعلم له على شىء، بوجه من الوجوه، قاله فى المجموعة أشهب ونحوه فى كتاب ابن سحنون.

وكان الظاهر أن يجزئه يمينه أنه لا شىء له عنده من وجه يطلبه؛ لأن الطالب لم يطلبه بغير ذلك، مع أن المطلوب لا يحلف حتى يقول له الطالب: هذا آخر حقوقى عندك، فلا فائدة فى أن يستحلف المدعى عليه فى غير ذلك، والطلب قد برأ منه، ولكن ذهب أشهب إلى ذلك مخافة الإلغاء والتأويل.

مسألة: وإن ادعى رجل أنه أسلفه أو باع منه، لم يجزه من الجواب أن يقول: لا حق لك عندى حتى يقول: لم تسلفنى ما تدعيه، أو لم تبع منى شيئاً مما ذكرت، رواه ابن سحنون عن أبيه، وهو مقتضى قول مالك. قال: فإن تمادى على اللدد، سجنه، فإن تمادى أدبه، قال: وكان ربما قبل منه فى الجواب قوله: ما له على حق، وإلى القول الأول رجع آخر مالك.

٢٣٦ ..... كتاب الأفضية

وجه القول الأول بإجزاء ذلك، وهو قول الشافعي، أنه إذا قال ملك على شيء، فقد ادعى براءة ذمته، وهذا يجزئ من الجواب، ولا يلزمه أن يقول: إني اشتريت منك؛ لأنه ربما قد اشترى منه وقضاه، ولا تقوم له بينة، والمدعى ممن يغتنم إقراره بالبيع، ويرضى باليمين الغموس أنه ما قبض منه الثمن.

ووجه القول الآخر أن المدعى قد ادعى دعوى حق، فيلزمه أن يكون جوابه على موافقة قوله، كما لو ادعى المشتري أنه قضاه الثمن، لم يجز للبائع أن يقول: لى عليك حق حتى يقول: لم أقبض منك ما تدعيه من الثمن.

مسألة: فإذا أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة، فإن أقام بينة، فما ادعاه من بيع أو سلف أو ما أشبه ذلك، لم يلزمه أن يحلف مع شاهديه أنهما شهدا بحق، رواه ابن القاسم عن مالك في الواضحة، ورواه ابن سحنون قالاً عنه: إلا أن يدعى أنه قضاه، فيحلف على القضاء.

ووجه ذلك أن البينة قد أحقت له دينه، فلا معنى ليمينه؛ لأن البينة في تحقيق دعواه أقوى من يمينه، ولذلك برئ بها عن يمين المطلوب ويمين الطالب.

مسألة: فإن لم يكن للطالب بينة، حلف المطلوب، وما الذى يلزمه من اليمين فى إنكاره؟ روى ابن المواز عن مالك، فى البائع يحدد قبض الثمن، فينكره المبتاع، ويريد أن يحلف ما له على شيء، قال: بل يحلف ما اشترى منه سلعة كذا، فهذا قول مالك، وبه قال مطرف وابن الماجشون إذا حلف ما له على شيء من كل يدعيه، فقد برئ، واختاره ابن حبيب.

وفى الموازية والعتبية عن ابن القاسم القولان، وهما مبنيان على ما تقدم من إنكاره، وما يجزئ فى ذلك منه، والله أعلم.

مسألة: ويحلف المنكر ما ادعى عليه أو ادعاه من حقوق نفسه على البت والقطع، وما ورثه عن أبيه، حلف على العلم، مثل أن يدعى رجل قضاء أبيه الميت دينه، فيحلف أنه لا يعلمه قبضه، ولا شيئاً منه، رواه ابن سحنون عن أبيه، أو يدعى قبل مورثه حقاً، فيحلف أنه لا يعلم له قبله شيئاً.

ووجه ذلك أنه يحلف على البت؛ لأنه يدعى علم ذلك، ولو لم يدعه لم تقبل دعواه، وعلى فعل غيره يحلف على علمه أنه لا سبيل له إلى غير ذلك، إلا أن يقيم شاهداً لموروثه بحق، فيحلف معه، فإنه يحلف على البت؛ لأنه يدعى معرفة ذلك،

كتاب الأفضية ..... ٢٣٧

وتحقيقه، فيحلف على ما ادعاه من المعرفة في الإثبات. وأما في النفي، فلا طريق له إلى ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة: فإن حلف المطلوب برئ، فإن نكل، ففي كتاب ابن سحنون عن أبيه، قال مالك وأصحابه: لا يجب الحق بنكول المطلوب عن اليمين، حتى يرد اليمين على المدعى عليه، فيحلف.

قال مالك: وإذا جهل ذلك الطالب، فليذكر له القاضي حتى يحلف الطالب؛ إذ لا يتم الحكم إلا بذلك، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه: بنفس النكول يجب عليه الحق.

والدليل على ما نقوله أن هذا حق يثبت باليمين، فإذا نكل من وجبت عليه اليمين، جاز أن تنتقل اليمين إلى الجنبه الأخرى كالقسامة.

مسألة: ولو رد المطلوب اليمين على الطالب، لم يكن له الرجوع في ذلك، ولزمه ردها، رواه عيسى وأصبع عن ابن القاسم في العتبية، فيحلف المدعى، ويأخذ حقه، كان رده لليمين عند السلطان أو عند غيره، وذلك أن رده اليمين على الطالب، رضا يمينه، وتصديق لقوله مع يمينه، فلما تغلق بذلك حق الطالب، لم يكن للمطلوب الرجوع عنه، ولا إبطال حق يثبت للطالب عليه؛

مسألة: وهذا إذا كانت من الأيمان التي ترد، فإن كانت مما لا يرد مثل أيمان التهمة، مثل أن يبيع الرجل لعبده بالبراءة، ثم يظهر المبتاع فيه على عيب قديم، فيحلف البائع أنه ما علم به، فإن نكل رد عليه العبد دون يمين المبتاع، وذلك أن المبتاع لا طريق له إلى معرفة ذلك، فلا يكلف تقتحم اليمين على ما لا سبيل له ولا لغيره إلى معرفته.

مسألة: إذا ادّعى المودع ضياع الوديعة، وادّعى المودع تعديه عليها، فالمودع مصدق إلا أن يتهم، فيحلف، قاله أصحابنا في النوادر. قال محمد بن عبد الحكم: فإن نكل، ضمن، ولا ترد اليمين هاهنا.

ووجه ذلك أنها يمين تهمة دون تحقيق، ولذلك اختصت بمن يتهم دون من لا يتهم.

مسألة: ومن وجبت عليه يمين، فقال للحاكم: اضرب لي أجلاً حتى أنظر في يميني، وفي حسابي، وأثبتت، فعل من ذلك بقدر ما يراه، قاله محمد بن الحكم.

ووجه ذلك أنه يريد التثبت فيما يحلف عليه، فيجب أن يجاب إليه، فقد يكون

٢٣٨ ..... كتاب الأقضية

الحساب يكثر، ويطول أمره، ويتسامح فى الدعوى أو الإنكار، ويتحرز فى اليمين؛ لأنها أعظم مقاطع الحقوق.

مسألة: وهذا إذا كانت الدعوى فى عقد كبيع أو سلف أو هبة أو ما أشبه ذلك. فأما من أثبت بيينة بعبد أو دابة أو ثوب أنه ملكه، لا يعلمونه باع، ولا وهب، ولا خرج عن ملكه، ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: أنه يحلفه الإمام ما باع، ولا وهب، ولا خرج عن ملكه بشئ، فيحلف على البت ويستحقه، وبه قال أشهب.

وقال ابن كنانة: ليس عليه يمين إلا أن يدعى الذى فى يده ذلك أمراً يظن أن صاحبه فعله، فيحلف ما فعله، ويأخذ حقه.

وجه القول الأول وعليه جمهور أصحابنا أنها يمين للحكم، لا يصح له القضاء إلا بعد استيفائها؛ لأن البيينة، إنما شهدت له بالملك على البت والقطع، وشهدت فى بقائه على ملكه على العلم، فلا بد من استحلافه على البت فيما بقى، وما عسى أن يزيل ملكه عنه، من بيع، أو هبة، أو غير ذلك، وحيث يستحق أن يقضى له، وإلا كان قد حكم قبل أن يستوفى المستحق أسباب الاستحقاق.

وجه القول الثانى أن المطلوب إذا لم يدع شيئاً من ذلك، فلا معنى لاستحلاف الطالب؛ لأنه قد ثبت له الملك، ولا يدعى خروجه عن ملكه، والله أعلم وأحكم.

\* \* \*

### ما لا يجوز من غلق الرهن

غلق الرهن، معناه أن لا يفك، يقال غلق الرهن، إذا لم يفك، فمعنى الترجمة أنه لا يجوز أن يعقد الرهن على وجه يؤول إلى المنع من فكه، وأنشدوا الربعى:

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى رهنها غلقا  
١٣٩٤ - مَالِكُ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ

---

١٣٩٤ - أخرجه ابن ماجه فى الأحكام ٢٤٤١. الطحاوى بمعانى الآثار ١٠٠/٤، عن ابن المسيب مقطوعا. البيهقى فى السنن ٤٠/٦، عن ابن المسيب مقطوعا. ابن أبى شيبة ١٨٧/٧، عن ابن المسيب مقطوعا. عبدالرزاق برقم ١٥٠٣٣، عن ابن المسيب. البغوى بشرح السنة ١٨٤/٨، عن ابن المسيب.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٧٨/٨: هكذا رواه كل من روى الموطأ، عن مالك فيما علمت، إلا معن بن عيسى، فإنه وصله فجعله عن سعيد، عن أبي هريرة. ومعن ثقة إلا أنه أخشى أن يكون فيه من على بن عبد الحميد الغضائري. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا علي بن الحسن بن علان، وأحمد بن محمد بن يزيد الحلبي، قالوا: حدثنا علي بن عبد الحميد الغضائري، حدثنا مجاهد بن موسى، حدثنا معن بن عيسى، عن مالك، عن الزهري، عن سعيد، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ وَهُوَ لَصَاحِبِهِ».

حدثنا عبد الرحمن بن عبدالله بن خالد، قال: حدثنا محمد بن العباس بن يحيى الحلبي، قال: حدثنا علي بن عبد الحميد، وحدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن القرشي، قال: محمد بن العباس بن يحيى الحلبي، قال: حدثنا أبو بكر، وعلي بن عبد الحميد، قالوا: حدثنا مجاهد بن موسى، قال: حدثنا معن بن عيسى، قال: حدثنا مالك، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ وَهُوَ مِنْ صَاحِبِهِ». وزاد فيه أبو عبدالله بن عمرو بن الأبهري، بإسناده: له غنمه وعليه غرمه. وهذه اللفظة قد اختلفت الرواة في رفعها: فرفعها ابن أبي ذئب، ومعمر، وغيرهما في هذا الحديث، لكنهم روه مرسلا، على اختلاف في ذلك، عن ابن أبي ذئب، نذكره، إن شاء الله.

ورواية معن، عن مالك موافقة لذلك، وقد روى ابن وهب هذا الحديث فجوده، ويين أن هذا اللفظ ليس مرفوعا.

روى سحنون، ويونس بن عبد الأعلى، ومحمد بن عبدالله بن عبد الحكم، عن ابن وهب، قال: سمعت مالكا، ويونس بن يزيد، وابن أبي ذئب، يتحدثون عن ابن شهاب، عن ابن المسيب، أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ».

وقال يونس: قال ابن شهاب: وكان سعيد بن المسيب يقول: الرهن ممن رهنه، له غنمه، وعليه غرمه. فتبين برواية ابن وهب، عن يونس بن يزيد، أن هذا من قول سعيد بن المسيب - فالله أعلم، إلا أن معمرا قد ذكره عن ابن شهاب مرفوعا. ومعمر من أثبتته الناس في ابن شهاب، وقد تابعه على ذلك يحيى بن أبي أنيسة، فرفع هذا اللفظ ووصل الحديث، عن أبي هريرة، ويحيى ليس بالقوي.

وقد روى من حديث محمد بن كثير، وحديث زيد بن الحباب، عن مالك، عن الزهري، عن سعيد، عن أبي هريرة، قال: قضى رسول الله ﷺ: أن لا يغلق الرهن، له غنمه، وعليه غرمه. ذكر ذلك شيخنا ابن قاسم، عن شيوخه، عنهما. وذكره الدارقطني وغيره، وقد حدثني إسماعيل بن عبد الرحمن، قال: حدثنا محمد بن العباس الحلبي، قال: حدثنا علي بن عبد الحميد، قال: حدثنا عبدالله بن عمران العابدی، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن زياد بن سعيد، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ، لَهُ غَنَمُهُ وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ». وفيما أخبرني أبو عبدالله أجازته علي بن عمر الحافظ، قال: حدثنا علي بن أحمد =

=ابن الفتح الوراق، حدثنا محمد بن إبراهيم بن يعقوب الأنطاكي، حدثنا محمد بن المبارك الأنباري، حدثنا أحمد بن إبراهيم بن أبي سكينه الحبلي، حدثنا مالك بن أنس، عن الزهري، عن سعيد، وأبي سلمة، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن من رهنه، له غنمه، وعليه غرمه».

وحدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن زهير، قال: حدثنا عبد الله بن عمران بن زريق المكي، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: لا يغلق الرهن، وحدثنا إسماعيل بن عبد الرحمن، قال: حدثنا محمد بن العباس، قال: حدثنا أبو بكر محمد بن عبد الله الطائي بمخص، قال: حدثنا محمد بن خالد بن خلى، قال: حدثنا بقية، عن إسماعيل بن عياش، عن عباد، يعني ابن كثير، عن محمد بن عبد الرحمن، يعني ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة، عن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه».

قال أبو عمر: أما حديث إسماعيل بن عياش، فهذا أصله. وقد روى عن إسماعيل بن عياش، عن ابن أبي ذئب، ولم يسمعه إسماعيل من ابن أبي ذئب، وإنما سمعه من عباد بن كثير، عن ابن أبي ذئب. وعباد بن كثير عندهم ضعيف لا يحتج به. وإسماعيل بن عياش عندهم أيضا غير مقبول الحديث إذا حدث عن غير أهل بلده، فإذا حدث عن الشاميين، فحديثه مستقيم، وإذا حدث عن المدنيين وغيرهم - ما عدا الشاميين، ففي حديثه خطأ كثير واضطراب، ولا أعلم بينهم خلافا أنه ليس بشيء - فيما روى عن غير أهل بلده، وقد اختلفوا فيه إذا روى عن أهل بلده، والصواب ما ذكرت لك إن شاء الله.

وقد روى هذا الحديث، عن إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ. ولو صح عن إسماعيل، لكان حسنا لكن أهل العلم بالحديث يقولون: إنه إنما رواه، عن ابن أبي ذئب، ولم يروه عن الزبيدي، وقد أوضحت لك أصل روايته في هذا الحديث، عن ابن أبي ذئب، إلا أنه قد روى عن ابن أبي ذئب، من وجه صالح حسن غير هذا الوجه.

حدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إبراهيم، قال: حدثني يحيى بن أبي طالب الأنطاكي، وجماعة من أهل الثقة، قالوا: حدثنا عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يغلق الرهن، الرهن لمن رهنه، له غنمه وعليه غرمه».

ورواه عن شبابة هكذا جماعة. وأما رواية ابن عيينة لهذا الحديث متصلا عن زياد بن سعد، فإن الأثبات من أصحاب ابن عيينة يروونه عن ابن عيينة، لا يذكرون فيه أبا هريرة، ويجعلونه عن سعيد مرسلا. وهذا الحديث عند أهل العلم بالنقل مرسل، وإن كان قد وصل من جهات كثيرة، فإنهم يعللونها وهو مع هذا حديث لا يرفعه أحد منهم، وإن اختلفوا في تأويله ومعناه، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ فِيمَا نُرَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ، أَنَّ يَرَهْنَ الرَّجُلُ الرَّهْنَ عِنْدَ الرَّجُلِ بِالشَّيْءِ، وَفِي الرَّهْنِ فَضْلٌ عَمَّا رُهِنَ بِهِ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ: إِنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ إِلَى أَجَلٍ، يُسَمِّيهِ لَهُ، وَإِلَّا فَالرَّهْنُ لَكَ بِمَا رُهِنَ فِيهِ. قَالَ: فَهَذَا لَا يَصْلُحُ، وَلَا يَجِلُّ، وَهَذَا الَّذِي نُهِيَ عَنْهُ، وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهُ بِالَّذِي رَهَنَ بِهِ بَعْدَ الْأَجَلِ، فَهُوَ لَهُ، وَأَرَى هَذَا الشَّرْطَ مَنْفُوعًا.

الشرح: قوله: «لا يغلق الرهن»<sup>(١)</sup> معناه، والله أعلم، لا يمنع من فكه، وذلك أنه نهى عن عقد يتضمن ذلك، وعن استدامته إن عقد على وجه يتضمن، فإن وقع، فقد قال: يرهن الرهن في دينه على هذا الشرط، لا يصلح ولا يحل، يريد في مسألة الكتاب، وهو في دين ثابت.

ومثل ذلك أن يبيعه ثوبًا بمائتي درهم إلى أجل، ثم يرهنه به رهنًا، على إن جاءه بالثمن إلى ذلك الأجل، وإلا فالرهن له بذلك الثمن، فالبيع صحيح، والرهن فاسد، وله إن قبضه البائع حكم الرهن، رواه ابن حبيب عن ابن القاسم.

قال مالك في المدونة: ومعنى ذلك أن البيع سلم من هذا الشرط، والرهن على هذا الوجه ينقض من قرض كان أو من بيع.

ووجه ذلك ما احتج به مالك من النهي عنه، والنهي عنه يقتضي فساد المنهى عنه، ولأنه في القرض تارة يكون بيعًا، وتارة يكون قرضًا، وهو إذا كان الدين من بيع أو من قرض بمعنى فسخ دين في دين، وذلك يمنع صحة ما عملا عليه من غلق الرهن، وهو بيعه بالدين الذي رهن به.

مسألة: فأما إن كان ذلك في بيع انعقد على هذا الشرط بأن يبيعه ثوبًا بمائة درهم إلى أجل على أن يرهنه به دابة على إن جاء بالثمن إلى ذلك الأجل، وإلا فالدابة عوضًا من الثوب، فإن هذا البيع فاسد؛ لأن البائع لا يدري بما باع ثوبه بالمائة درهم أو بالدابة، فينقض البيع والرهن، ما لم يفت الثوب، فيمضي الثوب بالقيمة، ويبطل الأجل، وشرط الرهن.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٧٩/٨: لا يغلق الرهن، برفع القاف على الخبر، أى ليس يغلق الرهن، ومعناه لا يذهب ويتلف باطلا، والأصل في ذلك الهلاك، والنحويون يقولون غلق: إذا لم يوجد له تخلص. وقال: قال أبو عبيد: لا يجوز في كلام العرب أن يقال للرهن إذا ضاع: قد غلق، إنما يقال: قد غلق إذا استحققه المرتهن فذهب به. قال: وهكذا كان من فعل أهل الجاهلية، فأبطله النبي ﷺ بقوله: «لا يغلق الرهن».

٢٤٢ ..... كتاب الأقضية

مسألة: وإن حل الأجل، ولم يفسخ الرهن إلى ربه، وأخذ المرتهن دينه، سواء تغير قبل الأجل بزيادة أو نقصان، أو حوالة أسواق، أو لم يتغير وللمرتهن أن يجبسه بحقه، وهو أحق به من الغرماء؛ لأنه على ذلك أخذه، وإنما معنى قوله: «أنه يفسخ» أنه إن كان ما عليه مؤجلاً إلى سنة أنه يفسخ قبل السنة، وهذا كله قول مالك في المدونة.

قال القاضي أبو الوليد: وعندى أنه يجب أن يفسخ غلاقه، وأما أن يؤخذ من المرتهن، ويبقى دينه دون رهن، فلا.

مسألة: فإن لم يرد بعد الأجل، وما يقرب منه حتى تغيرت أسواقه، أو تغير بزيادة أو نقصان، لزمه بقيمته، ويقاص بثمنه من دينه، ويتدان الفضل، قاله مالك في المدونة.

ومعنى ذلك عندى أن البيع إنما وقع فيه يوم حل الأجل، فإن فات بعد ذلك، فقد فات بيد المبتاع في البيع الفاسد.

قال مالك في المدونة: وهذا في السلع والحيوان، وأما في الدور والأرضين، فإن حوالة الأسواق، وطول الزمان لا يفيتها، وترد إلى الراهن؛ لأنه بيع فاسد محرم، وإنما يفيتها الهدم والبنيان والغرس، سواء تهدمت بفعل المرتهن أو بفعل غيره.

مسألة: فإن فات الرهن بعد الأجل بيد المرتهن على وجه يلزمه، فقد قال ابن عبدالحكم، ورواه ابن عبدوس عنه: عليه قيمته، قيل يوم فات، وقيل يوم حل الأجل، وهو قول مالك في المدونة. قال ابن عبدوس: وقول ابن عبدالحكم أحب إلى.

وجه ذلك أنه قبض الرهن على وجه البيع، فلذلك روعيت قيمته يوم الفوات؛ لأن حكم الرهن كان أحق به بعد الأجل، وقبل الفوات، وإليه كان يرد لو ظهر عليه.

ووجه القول الثاني، وهو الأظهر عندى أنه يوم الأجل مقبوض للبيع، ولو لم يكن مقبوضاً للبيع لما فات بتغير الأسواق، ولا زيادة ولا نقصان، ولذلك يضمن بعد الأجل ضمان ما بيع بيعاً فاسداً دون ضمان ما يغاب عليه من الرهن.

مسألة: وروى ابن الماجشون عن الدراوردي، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن النبي ﷺ مثله. وزاد فيه: «هو من صاحبه الذي رهنه له غنمه، وعليه غرمه». ومعناه عند مالك وأصحابه: له غلته، وخراج ظهره، وأجرة عمله، وعليه غرمه، أى نفقته، وليس يريد به الهلاك والمصيبة؛ لأن الغنم إذا كان الخراج والغلة، كان الغرم ما قابل



كتاب الأقضية ..... ٢٤٣  
 ذلك من النفقة، وهو نحو ما روى عنه عليه السلام أنه قال: «الرهن مخلوب ومركوب» (\*) أى غلته لربه، ونفقته عليه، لا يمنعه كونه رهناً من صرف هذه المنافع إلى مالكة الراهن أو غيره.

وقد رأيت للشيخ أبى إسحاق نحو هذا التفسير فيه، ولا يجوز ذلك للمرتهن؛ لأنه زيادة فى القرض وعوض مجهول فى المبيعة. وقال الشيخ أبو بكر: معنى قوله: «له غنمه» أى منفعته، ولم يرد ملكه؛ لأن الملك لم يزل عن الرهن وغرمه، أى نفقته وتلفه إذا ثبت تلفه من الراهن.

وقال بعض المالكيين: معنى قوله: «له غنمه» أى رجوعه إليه ويرجع رب الحق عليه بحقه. وذلك معنى قوله: «إن غرمه عليه»، يريد أن الغرم الذى رهن من أجله عليه كما كان رجوع الرهن إليه، والله أعلم وأحكم.

\* \* \*

### القضاء فى رهن الثمر والحيوان

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: فِيمَنْ رَهْنٌ حَائِطًا لَهُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى، فَيَكُونُ ثَمَرُ ذَلِكَ الْحَائِطِ قَبْلَ ذَلِكَ الْأَجَلِ: إِنَّ الثَّمَرَ لَيْسَ بِرَهْنٍ مَعَ الْأَصْلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ اشْتَرَطَ ذَلِكَ الْمُرْتَهِنُ فِي رَهْنِهِ، وَإِنَّ الرَّجُلَ إِذَا ارْتَهَنَ جَارِيَةً، وَهِيَ حَائِلٌ أَوْ حَمَلَتْ بَعْدَ ارْتِهَانِهِ إِيَّاهَا: إِنَّ وَلَدَهَا مَعَهَا<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: وَفَرَقَ بَيْنَ الثَّمَرِ وَبَيْنَ وَلَدِ الْجَارِيَةِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبْرِتْ، فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ». قَالَ: وَالْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا أَنَّ مَنْ بَاعَ وَلِيدَةً أَوْ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ، وَفِي بَطْنِهَا جَنِينٌ أَنَّ ذَلِكَ الْجَنِينَ لِلْمُشْتَرِي اشْتَرَطَهُ الْمُشْتَرِي أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ، فَلَيْسَتْ النَّخْلُ مِثْلَ الْحَيَوَانِ، وَلَيْسَ الثَّمَرُ مِثْلَ الْجَنِينِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ<sup>(٢)</sup>.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥١١. الترمذى حديث رقم ١٢٥٤. أبو داود حديث رقم

٣٥٢٦. ابن ماجه حديث رقم ٢٤٤٠. أحمد فى المسند حديث رقم ٧٠٨٥.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٣.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٦/٢٢.

قَالَ مَالِكٌ: وَمِمَّا يُبَيِّنُ ذَلِكَ أَيْضًا أَنَّ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ أَنْ يَرْهَنَ الرَّجُلُ ثَمَرَ النَّخْلِ وَلَا يَرْهَنُ النَّخْلَ، وَلَيْسَ يَرْهَنُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ جَنِينًا فِي بَطْنِ أُمِّهِ مِنَ الرَّقِيقِ، وَلَا مِنْ الدَّوَابِّ<sup>(٣)</sup>.

الشرح: قوله: «من رهن حائطًا إلى أجل، فثمر الحائط قبل الأجل، فإن ذلك الثمر لا يكون رهنًا مع الحائط».

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: معناه لا يكون للثمرة حكم الرهن، ولا يكون المرتهن أحق بها من الغرماء، وذلك أن النماء من الرهن على ضربين، أحدهما: أن يكون من غير جنس الأول كثمرة النخل وعسل النحل وغلة الزرع والرباع وغلة العبيد وسائر الحيوان، فهذا كله لا يكون رهنًا مع الأصل ما حدث منه بعد عقد الرهن.

فأما الثمرة، فسواء حدثت بعد العقد أو كانت موجودة حين الرهن، مزهية أو غير مزهية، قاله ابن القاسم وأشهب.

(٣) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٠٧/٢٢، وقال: لم يختلف قول مالك وأصحابه أن ما تلده المرهونة فهو رهن معها، وأن الثمرة الحادثة ليست برهن معها، وأن الثمرة مع الأصل، لا مع الاشتراط. وقال الليث بن سعد: إذا كان الدين حالا دخلت الثمرة في الرهن، وإذا كان إلى أجل، فالثمرة إلى صاحب الأصل. وروى عنه أنه لا تدخل فيه إلا أن تكون موجودة يوم الرهن في الشجر.

وقال الشافعي: لا يدخل الولد الحادث، ولا الثمرة الحادثة في الرهن، كما لا يدخل مال العبد عند الجميع إذا رهن العبد.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد: إذا ولدت المرهونة بعد الرهن دخل ولدها في الرهن، وكذلك اللبن، والصوف وثمر النخل، والشجر. وهو قول الثوري، والحسن بن حي. وبه قال أبو جعفر الطبري، قال: وكذلك الغلة والخراج، كل ذلك داخل في الرهن بغير شرط. قال أبو عمر: قد أوضح مالك وجه الصواب فيما ذهب إليه في هذه المسألة.

وأما الشافعي، فحجته أن الثمرة لما لم تدخل في بيع الأصل إلا بالشرط دل على أنها شيء آخر غير الأصل، ولا تدخل في الرهن إلا بالشرط بعد ظهورها، والأمة لا يصح رهن جنينها في بطنها، فإذا ولدت، فهو مباين لها، لم يقع عليه الرهن، فهو للراهن.

وأما أبو حنيفة، فقاسه على المكاتب التي ولدها مثلها إذا ولدته بعد الكتابة، ولا فرق عنده بين الثمرة والولد، لأن ذلك كله نهي من الأصل. والاحتجاج بمذاهبهم فيه تشعيب، والأصل ما ذكرته لك.

كتاب الأفضية ..... ٢٤٥

وقال أبو حنيفة والثوري: إن اللبن والصوف وثمر النخل والشجر ما حدث من ذلك بعد الرهن، فهو في الرهن، وكذلك الغلة والخراج.

والدليل على ما نقوله أنه نماء حادث من غير جنس الأصل، فلم يتبعه في عقد الرهن. أصل ذلك مال العبد.

مسألة: وأما أصواف الغنم وألبانها، فلا تتبع أيضاً إذا حدثت بعد عقد الرهن، أو كانت غير كاملة، فأما إن كانت كاملة يوم عقد الرهن، فقد قال ابن القاسم: يلحقها حكم الرهن. وقال أشهب: لا يكون رهناً إلا بالشروط.

وجه قول ابن القاسم أنه متصل بالحيوان اتصال خلقة، قد كمل، ويتبع في البيع بمجرد العقد، فكذلك في الرهن كأعضاء الحيوان.

وقد قال بعض القرويين في النخل ترهن وفيها ثمرة يابسة: يجب أن تكون للمرتهن على قول ابن القاسم كالصوف التام.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أن الثمرة اليابسة لا تتبع في الرهن؛ لأنها لا تتبع في البيع بخلاف الصوف؛ لأننا الصوف لا يخلو منه الحيوان، ويؤخذ منه على سبيل الإصلاح له، فأشبهه جريد النخل. وأما الثمرة، فمن غير جنس الأصل ومقصودة بالغلة، تخلو منها الشجرة في بعض أوقاتها، وذلك حكم رطبها ويابسها.

وجه قول أشهب ما احتج به من أن هذه غلة، فلم تتبع الأصل في الرهن بمجرد العقد كاللبن في ضروع الغنم.

مسألة: وأما غلة الدرو المكتراة، وغلة العبيد والدواب، فلا يكون شيء من ذلك رهناً مع الرقاب، وكذلك العبد لا يتبعه في الرهن إلا بالشروط، قاله مالك.

فإن شرطه، جاز ذلك، وإن كان مجهولاً كما يجوز في البيع، فإن شرطه، ففي كتاب محمد: لا يكون له ما أفاد بعد الرهن؛ لأنه غلة. قال في كتاب ابن عبدوس: ولا ما وهب له. قال في الكتابين: إلا أن يربح في المال الذي شرطه، فهو كماله.

مسألة: ويجوز ارتهان مال العبد دونه، فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن، إن قبضه، قاله مالك في المجموعة.

وجه ذلك أن الغرر والمجهول يصح ارتهانه كما يصح أفراد الثمرة التي لم تؤبر بالارتهان.

٢٤٦ ..... كتاب الأقضية

فصل: وقوله: «ومن ارتهن جارية، وهي حامل، أو حملت بعد الرهن، فإن ولدها معها» وقد تقدم أن النماء على ضربين، وقد تقدم الكلام فيما ليس من جنس الأصل. وأما ما كان من النماء من جنس الأصل كالولد. زاد الشيخ أبو القاسم: وفراخ النخل والشجر، فإن جميع ما تلده الأمة بعد عقد الرهن يكون رهناً معها دون شرط، خلافاً للشافعي.

وجه ذلك أنه من جنس الأصل، فأشبهه سمنها.

ومن ارتهن عبداً، فولد للعبد من أمته، فقد قال الشيخ أبو إسحاق: الولد رهن مع أبيه دون أمه.

وجه ذلك أن أمه مال للعبد، فلا تكون رهناً معه بمجرد العقد، والولد نماء من جنس الأصل، فكان تبعاً له في الرهن.

فرع: ولو شرط في الأمة أنها رهن دون ما تلده، لم يجز ذلك، قاله مالك في المدونة. وقال في المجموعة: لا يرتهن الجنين دون الأم، وليس الولد كالثمرة.

وجه ذلك أنه جزء معين من الجارية، فلم يجز أن ينفرد بالرهن كيدها أو عضو من أعضائها. وقال أحمد بن ميسر: يجوز أن يرتهن ما تلده هذه الجارية، أو هذه البقرة، أو هذه الغنم، كما يرتهن العبد الآبق والجمل الشارد، ويصح ذلك بالبيع، فإذا ولدت الغنم كان الولد رهناً، وقاله الشيخ أبو القاسم في تقريره.

مسألة: وأما ما ولدته قبل الرهن، فقد روى أشهب عن مالك في العتبية: يجوز أن يرتهن ولدها، وتباع مع ولدها، فيكون المرتهن أولى بحصتها من الثمن، ويخاص الغرماء في حصة الآبق.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في وصيف يوضع رهناً، قال: أمه تكون معه في الرهن، يريد لا يفرق بينهما في المكان. وأما أن يتعلق بها حكم الرهن، فلا.

قال أبو إسحاق: لا يرهن الصبي حتى يثغر كما لا يجوز بيعه حتى يثغر، إلا أن يرهن مع أمه.

فصل: وقوله: «وفرق ما بين الثمرة، وولد الجارية أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع». قال: والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا أن من باع جارية أو شيئاً من الحيوان، وفي بطنها جنين أن ذلك

كتاب الأقضية ..... ٢٤٧

للمشتري، وإن لم يشترطه» فهذا على ما قال فرق بين الثمرة المؤبرة والجنين، وحجة من أراد إلحاق أحدهما بالآخر، وأن يجعل الثمرة المؤبرة تتبع فى الرهن كما تتبع الجنين. وأما الثمرة التى ليست بمؤبرة، فخارجة عن ذلك؛ لأنها تتبع النخل فى البيع، وإن لم يشترطها المبتاع، فهى فى البيع بمنزلة الجنين، وفى الرهن مخالفة للجنين.

والفرق بين الرهن والبيع، أن البيع ينقل المبيع عن ملك البائع، فكانت غلته للمبتاع، والرهن لا ينقل الرهن عن ملك الراهن، فبقيت غلته له، والجنين لما كان من جنس أمه تتبعها فى الرهن، و البيع كسمنها، لم ينفصل عنها فى بيع، ولا رهن، قال مالك، فى جرح المرتهن، يؤخذ له الأرض: أنه للمرتهن فى رهنه.

فصل: وقوله: «ويبين ذلك أن من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل دون الأصل، ولا يرهن أحد جنينا دون أمه» وهذا أيضاً فرق بين الثمرة المؤبرة وبين الجنين، إذا سلم له.

وإن قلنا إنه يصح إفراء الثمرة التى لم تؤبر بالرهن أو ثمرة نبتت فى المستقبل فى نخله، وهو الظاهر من المذهب، فقد قال ابن القاسم: يجوز ارتهانها سنين.

وقال ابن المواز: يجوز أن يرهن الثمرة قبل أن تكون طلعا. وقال أشهب: يجوز ارتهان الدار، فهذا فرق واضح بين الثمرة والجنين. والفرق بينهما ما قدمناه.

وإذا لم يسلم له ما ادّعه فى الجنين، فلا يصح هذا الفرق إلا على أصله ومذهبه دون مذهب من خالفه، وجمع بينهما فى أن يتبعها الأصل فى الرهن أو لا يتبعانه، وقد اختلف فيما قاله مالك من ذلك.

فرع: وإذا قلنا إنه يجوز ارتهان الثمرة التى لم يبد صلاحها دون الأصول، فإنه لا يكون الحرز فيها إلا بقبض الأصول، ومن ارتهن زرعاً فى أرض دون الأرض، فإن حيازته بقبض الأصول، قاله ابن القاسم فى المدونة، وقال: فإن فلس فالثمره والزرع للمرتهن دون الشجر والأرض، فإن ذلك للغرماء، قال: وذلك أنه لا يمكنه قبض الثمرة إلا بقبض الأصل.

وجه ذلك أن قبض الرهن مبنى على منع الرهن منه جملة، فلا يبقى له فى الرهن تصرف بوجه، وذلك أن الرهن يبطل بتعذر الحيازة، ويبطل بعد صحة الحيازة بعدم الحيازة، فكان القبض فيه مخالفاً للقبض فى البيع، إذ لم يبطل بعدم القبض، وإنما يبطل

٢٤٨ ..... كتاب الأقضية

بعدم إمكانه، فحكم القبض فى الرهن أشد منه فى الهبة؛ لأن الهبة إذا صحت بالحيازة لا تبطل برجوعها إلى يد الواهب، والرهن يبطل برجوعه إلى يد الراهن، فلم يصح حيازته إلا بمنع الراهن منه لكل وجه.

\* \* \*

### القضاء فى الرهن من الحيوان

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا فِي الرَّهْنِ أَنَّ مَا كَانَ مِنْ أَمْرٍ يُعْرَفُ هَلَاكُهُ مِنْ أَرْضٍ أَوْ دَارٍ أَوْ حَيَوَانٍ، فَهَلَكَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ وَعَلِمَ هَلَاكُهُ، فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ، وَإِنَّ ذَلِكَ لَا يَنْقُصُ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ شَيْئًا<sup>(١)</sup>.

الشرح: قوله: «ما كان من أمر يعرف هلاكه» يريد أن يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر، ولا يغاب عليه كالأرض والدور والحيوان، فإن هذا لا يمكن إخفاؤه بالمغيب عليه، والستر له.

قال مالك: وكذلك الزرع والثمرة فى ربوع النخل، وهذا على ما قال، وأما الأرض، والرباع كلها، وأصول الشجر مما لا ينقل ولا يحول، فأمرها ظاهر، يعلم صدق مدعى ضياعها من كذبه. وأما الحيوان، فإن ادعاء إباق العبد، وهروب الحيوان، أمر لا يكاد المرتهن أن يقيم به بينة؛ لأن هذا يكون كثيرًا فى وقت الغفلة، وفى حين لا يمكن إقامة البينة به.

قال مالك: لأن الأصل ما أخذه عليه على غير الضمان حتى يتبين كذبه، وذلك مثل ما قال أشهب، إذا زعم أن الدابة انفلتت منه، أو العبد كابر به بحضرة جماعة من الناس، فينكرون ذلك، فلا يصدق إلا أن يكون الذين ادعى عليهم غير عدول، فلا يصدقون، والقول قوله. قال ابن المواز: وهذا مذهب مالك وأصحابه فيما لا يغاب عليه.

وروجه المشهور من قول مالك أنهم إذا كانوا غير عدول: لم يثبت كذبه، وكان على أصله فى التصديق، وانتفاء الضمان؛ لأنه على ذلك أخذه، فوجود غير العدول كعدمهم فيما يتعلق بالحكم له وعليه.

مسألة: وأما فى الموت، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: يصدق إلا أن يظهر كذبه بدعواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك. ومعنى ذلك أنه يصدق إذا ادعى فى الفياضى

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستدكار برقم ١٤٠٤.

والقفر، بحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه، فإن كان فى القرى، وحيث يكون الناس، فإن كان فى موضع يكون فيه أهل العدل، ولم يعلم أحد منهم موت ذلك [.....] <sup>(١)</sup>.

مسألة: ولو قال: ماتت دابة، لا نعلم لمن هى، ففى المجموعة: فوصفوها إن عرفوا الصفة، أو لم يصفوها، قبل قوله: أنها هى، ويحلف.

وجه ذلك أن هذا المقدار من العلم، هو الذى يعلم أهل الجهة التى ماتت الدابة بها، فإذا عدم ذلك، علم كذبه فيما زعمه من موته، وليس كل من رأى دابة ميتة سأل عمن ملكها، ولا يتبين صفتها، بل يصرف بصره عنها، ويسرع المشى فى البعد عنها، فلا يتبين كذب مدعى ذلك فى عدم المعرفة بهذا المعنى منها.

فصل: وقوله: «وإن ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيئاً» يريد أن حق المرتهن على الراهن بكماله لا ينقص منه لأجل ما ذهب من الرهن بيده؛ لأن ضمان ما لا يغاب عليه إذا رهن من رهنه، وبه قال الأوزاعى، ورواه يحيى بن كثير عن على رضى الله عنه. وقال ابن أبى ليلى وأبو حنيفة والثورى: الرهن كله من ضمان المرتهن.

وروى القاضى أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد، وقبضه كله، وتلف عنده: أنه لا يضمن إلا بصفة، وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة فى ضمان المرتهن لما لا يغاب عليه، إلا أنه عند أبى حنيفة مضمون بقدر الدين دون قيمته.

والدليل على ما نقوله أن ما لا يضمن بقيمته لا يضمن بقيمة غيره كالوديعة. وقد قال فى كتاب ابن المواز: قلت: ففى أى موضع يكون الرهن بما فيه إن ضاع؟ فقال: فيما يغاب عليه، ولا يعلم له قيمة، ولا صفة لقول الراهن ولا المرتهن، ولا غيرهما، فهذا لا طلب لأحدهما على الآخر.

وقد كان القياس يحتمل أن يجعل قيمته من أدنى الرهن، وقد ذكر لى ذلك عن أشهب، وما قلت لك أولاً هو قول العلماء، وأحقه بحديث النبى ﷺ الرهن بما فيه.

قال أبو الزناد: وفى الحديث: إذا عميت قيمته، وهذا الذى ذكره لا يثبت عن النبى ﷺ فيه شىء، ولا له أصل، وإنما هو قول جماعة من الفقهاء أن الرهن يضمن منه قدر الدين، وما زاد على ذلك من قيمته، فهو أمانة، وهو قول ابن أبى ليلى والثورى وأبى حنيفة.

(١) ما بين المعرفتين بياض فى الأصل.

٢٥٠ ..... كتاب الأقضية

وروى عن محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه، وما روى فوت هذا من قول أصحابنا فى معنى قوله: «الرهن بما فيه» هو قول الفقهاء السبعة إنما ذلك إذا جهلت صفاته، ولم يدع معرفة ذلك رهن ولا مرتهن، وهو قول الليث بن سعد، وبلغنى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه.

وقد قال مالك: الرهن بما فيه إذا ضاع عند المرتهن ما يغاب عليه، وكانت قيمته بقدر الدين، وسيأتى ذكره، إن شاء الله عز وجل.

قال مالك: وَمَا كَانَ مِنْ رَهْنٍ يَهْلِكُ فِي يَدِ الْمُرْتَهَنِ، فَلَا يُعْلَمُ هَلَاكُهُ إِلَّا بِقَوْلِهِ، فَهُوَ مِنَ الْمُرْتَهَنِ، وَهُوَ لِقِيَمَتِهِ ضَامِنٌ، يُقَالُ لَهُ: صِفَهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ، أُخْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ وَتَسْمِيَةِ مَالِهِ فِيهِ، ثُمَّ يَقُومُهُ أَهْلُ الْبَصَرِ بِذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ عَمَّا سَمِيَ فِيهِ الْمُرْتَهَنُ، أَخَذَهُ الرَّاهِنُ، وَإِنْ كَانَ أَقَلُّ مِمَّا سَمِيَ، أُخْلِفَ الرَّاهِنُ عَلَى مَا سَمِيَ الْمُرْتَهَنُ، وَبَطَلَ عَنْهُ الْفَضْلُ الَّذِي سَمِيَ الْمُرْتَهَنُ فَوْقَ قِيَمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ أَبَى الرَّاهِنُ أَنْ يَخْلِفَ، أُعْطِيَ الْمُرْتَهَنُ مَا فَضَلَ بَعْدَ قِيَمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ قَالَ الْمُرْتَهَنُ: لَا عِلْمَ لِي بِقِيَمَةِ الرَّهْنِ، حُلِّفَ الرَّاهِنُ عَلَى صِفَةِ الرَّهْنِ، وَكَانَ ذَلِكَ لَهُ إِذَا جَاءَ بِالْأَمْرِ الَّذِي لَا يُسْتَنْكَرُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَذَلِكَ إِذَا قَبِضَ الْمُرْتَهَنُ الرَّهْنَ وَلَمْ يَضَعْهُ عَلَى يَدَيْ غَيْرِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: قوله «وما كان من رهن يهلك بيد المرتهن، فلا يعلم هلاكه إلا بقوله، فهو من المرتهن» يريد أنه مما يغاب عليه، ولا يكاد أن يعلم هلاك ما كان من جنسه إلا بقول من هو بيده كالثياب والعروض والعنبر والحلى والطعام، وغير ذلك مما يكال أو يوزن، فهذا وما أشبهه يوصف بأنه مما يغاب عليه، وهذا الجنس من الرهون إذا ضاع المرتهن، فلا يخلو أن تقوم بضياعه بيته، أو لا تقوم بذلك بيته.

فإن قامت به بيته، فعن مالك فى كتاب ابن الموزان فى ذلك، روايتان، إحداهما: أنه لا يضمن، وبها قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ، واختارها ابن الموزان. والثانية: يضمن فى الرهن والعارية، وهو مذهب الأوزاعي فى الرهن، وبه قال أشهب.

وجه الرواية الأولى أن ما لا يغاب عليه من الرهون لا يضمن، وإنما يضمن ما يغاب

---

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٠٩/٢٢.



كتاب الأفضية ..... ٢٥١

عليه لحاجة الناس إلى الرهون والإقراض والشراء بالدين، وما يغاب عليه، يدعى فيه الضياع على وجه لا يعلم فيه كذب مدعيه غالباً، فيبرأ من ضمانه، فإذا لم تقم له بينة بهلاكه كان عليه ضمانه كما ألزم الكرى ضمان ما ينفرد بحمله من الطعام لما خيف من تسرع أمثاله إلى أكله حفظاً للأموال، ولذلك سقط عنه الضمان فيما لا يغاب عليه من الحيوان، وإذا كان يسقط عنه الضمان في الحيوان وإن تلف بغير بينة لما كان الغالب من أمره ظهوره، فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه إذا قامت عليه بينة أولى وأحرى.

ووجه الرواية الثانية أن ما يغاب عليه من الرهون حكمها الضمان، وعلى ذلك أخذت، فاستوى فيها ثبوت إتلافها ببينة، أو خفاء ذلك، كالرهن مما لا يغاب عليه لما قبض على غير الضمان استوى فيه ثبوت ذلك أو خفاء ذلك.

فرع: وإذا قلنا برواية ابن القاسم، وقامت بينة بهلاك ما يغاب عليه من الرهون من غير تضييع من المرتهن، ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يضمن، وكذلك لو رهنه رهناً في البحر في المركب، فيغرق المركب أو يحترق منزله أو يأخذه لصوص منه بمعاينة في ذلك كله.

فرع: وإذا جاء المرتهن بالرهن، وقد احترق، وقال: وقعت عليه نار، فلا يصدق، وهو ضامن إلا أن تقوم عليه بينة أو يكون الاحتراق أمراً معروفاً مشهوراً من احتراق منزله أو حانوته، فيأتى ببعض ذلك محترقاً، فإنه يصدق، رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم.

ومعنى ذلك أن الرجل قد يدعى احتراق الثوب يكون عنده بما لا يعلم سببه، مثل أن يقول وقع في نار أو جاورته نار، لم تعد إلى غيره، أو تعدت إلى يسير يخفى مثله، أو يدعى احتراق ذلك بما يعلم سببه كاحتراق المنزل أو الحانوت، فإذا كان مما لا يعلم سببه، فهو ضامن، وإن جاء به محروقاً إلا أن تقوم بينة بما يدعيه، وإن كان مما قد علم كاحتراق منزله أو حانوته، فلا يخلو أن يثبت أن ذلك الثوب كان فيما احترق من حانوته أو منزله، أو لا يثبت ببينة.

فإن ثبت ذلك ببينة، فلا خلاف في تصديقه، سواء أتى ببعض ذلك محروقاً أو لم يأت بشيء منه، وادعى احتراق جميعه، فظاهر المسألة أنه غير مصدق.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والذي عندي أنه إذا كان مما جرت العادة

٢٥٢ ..... كتاب الأفضية

برفعه من الرهن فى الحوانيت حتى يكون متعدياً بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عادتهم بارتهاى الثياب، ورفعها فى حوانيتهم، لا يكادون ينقلون شيئاً من ذلك عنها، فإننى أرى أن يصدقوا فيما يدعون من احتراق ذلك فيما عرف، وشوهد من احتراق حانوته، وقد أفتيت بذلك فى طرطوشة عند احتراق أسواقها، وكثرت الخصومة فى مثل هذا، وأنا معهم بها، وغالب ظنى أن بعض من كان هناك من طلبة العلم أظهر إلى رواية عن ابن أئمن بمثل ذلك، والله أعلم.

وهذا وإن كان الراهن إنما قبض الرهن على الضمان، فإن معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدى، وأنه غير مصدق فيما يدعى من ضياعه، لا بضمان أثبتته الشرع بمقتضى الرهن، فإذا كانت له شبهة من احتراق حانوته، وكان هذا الرهن مما جرت العادة بحفظه فى حانوته، كان القول قوله فيما ادعاه من كونه فيه حين احتراقه.

مسألة: وإذا أتى المرتهن بالرهن، وهو ساج، قد تأكله السوس، فلا ضمان عليه، ويحلف ما ضيعه، ولا أراد فيه فساداً، وإن كان أضاعه، ولم ينظر فى أمره حتى أصابه بسببه أن يكون فيه شىء، رواه فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

وقال الشيخ أبو إسحاق: إذا تأكلت الثياب عند مرتتها أو قرضها الفأز أو ما أشبه ذلك، فإن كان أضاعها، ضمن، وإلا لم يضمن. وقال ابن القاسم: يضمن.

مسألة: وأما إن تلف بغير بينة، فلا خلاف فى المذهب فى أنه مضمون خلافاً لسعيد بن المسيب والزهرى وعمرو بن دينار فى قولهم: إن الرهن كله أمانة، ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه، وبه قال الشافعى.

والدليل على ما نقوله إن قبض ما يملك، فمنفعته للقباض مؤثرة فى الضمان كالشراء.

مسألة: والرهن مضمون على حكم الارتهاى فى الضمان من حين يقبضه المرتهن إلى أن يردده إلى راهنه، ففى العتبية من رواية يحيى فيمن سأل سلفاً، فأعطاك به رهناً، فتلف الرهن قبل أن يصل السلف إلى الراهن، فإن المرتهن يضمنه؛ لأنه لم يأخذها إلا بمعنى الاستيثاق، ولو دفع الراهن إلى المرتهن ما على الرهن من الدين، ثم تلف الرهن بيد المرتهن، فقد قال فى المدونة فيمن ارتهن رهناً بدين، فاستوفاه، ثم ضاع الرهن عنده بعد ذلك: فهو ضامن لقيمتة.

ووجه ذلك أنه مقبوض على حكم الرهن، فلا تأثير فيه لقضاء ما عليه من الدين،

كتاب الأفضية ..... ٢٥٣

وكذلك لو كان عليه مائة، فأداها كلها إلا درهماً واحداً، ثم ضاع الرهن، لم ينقصه ما أدى من ضمان الرهن شيئاً، ولو كان له فيه تأثير؛ لوجب أن ينقص من ضمان الرهن بقدر ما أدى من دينه، وأيضاً فإن الرهن مضمون بقيمته، ولو كان الدين بضمانه تعلق، لكان مضموناً بدينه.

مسألة: ولو كان لك عليه دين، وله بيدك رهن، فوهبته الدين، ثم ضاع عندك الرهن، ففي العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب: أنك تضمنه ونحوه في المدونة. ووجه ذلك ما قدمناه من أنه مقبوض على حكم الرهن، فبراءة الراهن مما رهن به لا تغير حكمه في الضمان كما لو قضاه ذلك.

فرع: وهل للواهب الرجوع في هبته؟ قال أشهب: يرجع الواهب فيما وضع من حقه ليقا صه به في قيمة الرهن، فإن بقى له منه شيء، لم يكن له قبضه، وإن بقى عليه من قيمة الثوب شيء، آداه، قال: لأنه لم يضيع حقه ليتبع بقيمته.

مسألة: وأى وقت يراعى في قيمته؟ في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يضمن قيمة ما يغاب عليه من الرهن من حلى وثياب وغيره يوم الضياع، لا يوم الرهن. وقال في موضع آخر: يضمن قيمته يوم ارتهنه.

وجه القول الأول أنه ليس بمضمون عليه من يوم الرهن، ولذلك لو قامت بينة، لم يضمنه، فلذلك كانت قيمته يوم ضاع؛ لأنه حينئذ ضمنه.

ووجه القول الثاني أنه إنما يضمن بالقيمة، فذلك روعيت قيمته يوم القبض، وهو معنى قولنا: يوم الراهن. وقال أصبغ في الواضحة، ما معناه: أنه يراعى قيمته يوم الضياع، فإن جهلت، فقيمته يوم الرهن.

فرع: وهذا إذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان، وأما لو قوم الرهن بعشرة دنانير، فضاع، فتلك القيمة تلزمه، إلا أن يكون قد زاد في قيمته أو نقصا، فيرد إلى قيمته إذا علم بذلك، قاله في العتبية.

ووجه ذلك أن تقويمهما للرهن عند الراهن اتفاق منهما على قيمته، وإقرار بذلك، فيحملان على ذلك، إلا أن تثبت الزيادة في ذلك أو النقصان، فيحملان عليه بعد الضياع، ويمنعان من إقراره على ذلك قبل الضياع.

مسألة: ومن رهن عند رجل رهناً، ثم رهن فضله الآخر، قال ابن القاسم: لا يضمن

٢٥٤ ..... كتاب الأقضية

الأول منه إلا قدر حقه من قيمته، وهو فى باقيه أمين، ولا ضمان على الثانى. وقال أشهب: ضمانه كله من الأول.

وجه قول ابن القاسم أن رضا المرتهن الأول بارتهان الثانى الفضلة، نقل لها إلى حكم الأمانة، فلا ضمان عليه فيها، ولا ضمان على المرتهن الثانى فيها؛ لأنه رهن على يد أمين، فلا يضمه المرتهن.

وجه قول أشهب أنه قد قبضه على وجه الرهن، فلا ينتقل منه برهن غيره إلا بقبضه منه كما لو قضا ما عليه من الدين لم ينتقل إلى حكم الأمانة والوديعة.

والفرق بينهما على رأى ابن القاسم، أن المرتهن إذا قبض ما على الرهن من الدين، وطلب صاحبه قبضه، فهو عنده على ذلك الحكم حتى يقتضيه أو يوافق على أنه عنده على حكم الوديعة، فيقره عنده على ذلك، فينتقل إلى حكم الوديعة أو يبيعه منه، فينتقل إلى حكم المبيع، والذى أباح له أن يرهنه غيره، فقد صرح بأنه عنده على حكم الأمانة، ولم يبقه عنده على الحكم الذى كان عليه قبل ذلك، فكان بمنزلة أن يقبض ما عليه من الدين، ويقول له: هذا رهنك، فاقبضه، فيقول: أتركه لى عندك وديعة، فهذا لا خلاف فى انتقاله إلى حكم الوديعة.

مسألة: ولو شرط فيما يغاب عليه أن لا يضمه، وأن يقبل قوله فيه، فقد قال ابن القاسم: شرطه باطل، وهو ضامن. وقال ابن البرقى عن أشهب: شرطه جائز، وهو مصدق فى الرهن والعارية، قال ذلك كله ابن المواز.

وجه القول الأول أن الشرط إذا انعقد على نقل ضمانه من محله، لم ينقله، ويبطل الشرط؛ لأن مقتضى العقد فى هذا أقوى من الشرط، وهذا حكم الضمان فى سائر العقود إنما يثبت بقبضها، لا تأثير للشرط فى ذلك، وإنما يؤثر فيما اختلف قول مالك فيه فى محل الضمان كالمبيع الغائب، وما جرى مجرى ذلك لتردد الضمان عنده بين المحلين بأصل العقد، فلذلك كان للشرط فيه تأثير، والله أعلم.

فصل: وقوله: «يقال له صفه، ثم يحلف على صفته، ويسمى ماله فيه» إلى آخر الفصل معناه إن لم يختلف الراهن والمرتهن فى صفة الرهن الذى تلف، ولزم المرتهن ضمانه، إما لتعديه أو لعدم البينة على ضياعه، أو لأن ذلك حكم ما يغاب عليه من الرهن، على رواية أشهب عن مالك.

فإن اتفقا على صفة الرهن، حكم بقيمة تلك الصفة، وإن اختلفا فى صفته وقيمته

كتاب الأفضية ..... ٢٥٥

وصفة المرتهن، وحلف على ذلك، وعلى ماله فيه، يريد إن اختلفا فى قدر الدين، قال: ثم يقوم بتلك الصفة، فإن كان فى القيمة فضل، أخذاه الراهن، وإن كان نقص حلف الراهن على ما سمى، وبطل عنه ما زاد على قيمة الرهن، فإن نكل أدى ما زاد على قيمة الرهن.

ووجه ذلك أن المرتهن غارم، فالقول قوله فيما ينكره مما يدعيه عليه الراهن من صفة الرهن، ويحلف مع ذلك على ما قابله فيه من الدين؛ لأن القول قوله فى قدر الدين إلى منتهى قيمته تلك الصفة، فلذلك جمعت له يمينه ما يستحقه بيمينه فى هذه الحكومة، فإن حلف، فكان فى القيمة فضل على الدين، أدى الفضل إلى الراهن.

وإن كان فى الدين فضل على القيمة، حلف الراهن على ما سماه المرتهن من دينه؛ ليسقط عن نفسه فضل منه على قيمة رهنه، إن كان ما أقر به من الدين أقل من قيمة السلعة.

مسألة: ولو اختلفا فى قيمة الرهن وصفته، واتفقا فى قدر الدين، فقال الراهن: قيمة الرهن عشرون ديناراً، وقال المرتهن قيمته ثلاثون ديناراً، واتفقا على أن الدين عشرة، ففى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك: يحلف المرتهن ما قيمته إلا ثلاثة دنانير، ويسقط من الحق بقدرها.

ومعنى ذلك أن يرجع المرتهن على الراهن ببقية قدر الدين، وذلك سبعة دنانير؛ لأن الراهن قد أقر أن الدين عشرة، فإن أثبت أن قيمة الرهن ثلاثة دنانير يمين المرتهن، أدى باقى الدين سبعة دنانير وهذا مبنى على أن الدين لا يشهد لقيمة الرهن.

ووجه ذلك أن الرهن مبنى على أنه لا يراعى قيمته يوم الرهن، وإنما يراعى يوم يحتاج إلى بيعه، ولذلك يرتهن ما لا قيمة له الرهن كالثمرة التى لم تؤبر، وتلف الرهن قبل وقت بيعه، فلذلك لم يشهد الدين بقيمته.

وقد روى أبو زيد فى سماعه عن أصبغ فيمن رهن رهناً بألف دينار، فقضاها، ثم أخرج إليه المرتهن ثوباً قيمته دينار واحد، وقال الراهن: رهنتك ثوباً، وشيئاً، ووصف ثوباً قيمته ألف دينار، أن القول قول الراهن إذا تفاوت الأمر هكذا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى ليس من باب شهادة الرهن، وإنما هو من باب أن يدعى ما لا يشبه، ويدعى صاحبه ما يشبه، فالقول قول مدعى ما يشبه، إلا أن هذا نوع من شهادة الدين للرهن، والله أعلم وأحكم.

٢٥٦ ..... كتاب الأقضية

مسألة: ولو نكل المرتهن عن اليمين، ففي المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك: يحلف الراهن أن قيمة رهنه عشرون ديناراً، ويحط عنه للدين عشرة، ويأخذ عشرة بقية قيمة رهنه. وروى ابن حبيب عن أصبغ مثله. ووجه ذلك ما قدمناه. «وإن أبى الراهن أن يحلف، أعطى المرتهن ما فضل بعد قيمة الرهن»، يريد أن الراهن لما نكل عن اليمين بعد ما ردت عليه بقدر الرهن من القيمة ما أقر به المرتهن، فيعطى الراهن المرتهن ما فضل من دينه عن قيمة الرهن، والله أعلم وأحكم.

فصل: قوله: «ولو قال المرتهن: لا علم لي بقيمة الرهن، حلف الراهن على صفته، وكان ذلك إذا جاء بالأمر الذي لا يستنكر» يريد أن يأتي بما يشبه من صفة ما يرهن في مثل ذلك الدين، وما يكون له من القيمة فيما يقرب منه على ما جرت عادة الناس في الرهن، وإنما راعى في ذلك الأمر الذي لا يستنكر؛ لأن المرتهن لم ينكل عن اليمين، ولا ادعى الجهل بصفة الرهن على الإطلاق، وإنما ادعى الجهل بتحقيق الصفة على وجه يحلف عليها، ويكون ذلك صفتها على حقيقتها.

فإذا أتى الراهن بصفة تبعد عن مقدارها عنده كان له الرجوع إلى أن يصفها بصفة لا شك أنها أفضل من صفة الراهن، وهي دون الصفة التي وصفها بها الراهن بكثير، سقطت عن نفسه ما يستنكره من الثمن، ولو سمع وصف الراهن، ثم نكل، هو عن اليمين، ورد اليمين عليه لكان للراهن ما حلف عليه، ولم يعتبر عليه في ذلك ما يستنكر؛ لأن المرتهن قد رضى بذلك حين رد عليه اليمين بعد العلم بتلك الصفة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقول مالك: «وذلك إذا قبض المرتهن الرهن، ولم يضعه على يد غيره» يريد أن المرتهن إنما يضمن الرهن الذي يغاب عليه على الوجه المذكور إذا كان هو الحائز له.

وأما إذا كان موضوعاً على يد غيره بحكم حاكم أو باتفاق الراهن والمرتهن، فلا ضمان على المرتهن في ضياعه، وإن لم تقم بذلك بيينة، وأما سائر ما تقدم من قوله في شهادة قيمة الرهن بقدر الدين، فيحتمل أن يتناوله هذا الشرط على قول أصبغ، ويحتمل أن لا يتناوله على قول ابن الموار، وسيأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وفي ذلك ستة أبواب، الباب الأول: في وجوب الحيازة للرهن، وكونها شرطاً في صحته أو إتمامه. والباب الثاني: في صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة. والباب

الثالث: فيمن يكون وضع الرهن على يده حيازة، وتمييزه من غيره. والباب الرابع: فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين. والباب الخامس: فيمن يقوم بالرهن، ويلى الإنفاق عليه والاستغلال له. والباب السادس: فى حكم العدل الذى يوضع على يده الرهن.

### الباب الأول: فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطاً فى صحته أو إقامه

ليس من شرط الرهن السفر خلافاً لمجاهد فى قوله: لا يصح الرهن إلا فى السفر. والدليل على ما نقوله أن كل وثيقة صحت فى السفر، فإنها تصح فى الحضر كالكفالة، ولا يتم له حكم الرهن إلا بالحيازة له، قال الله تعالى: ﴿فَرَهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] فجعل ذلك من صفات الرهن اللازمة له، وذلك بمعنى الشرط فيه، فصار حكم الرهن متعلقاً بالرهن المقبوض.

وإذا أقر الرهن بيد الرهن، وأشهد عليه أن لا يبيعه ولا يهبه، ولم يطلبه منه، فليس برهن حتى يقبضه منه المرتهن أو وكيله، أو من تراضيا به، رواه ابن وهب عن مالك فى المجموعة؛ لأن الله تعالى وصف الرهان بأنها رهان مقبوضة، ولا يقع اسم القبض على ما يبقى بيد الراهن، وأن كل ما جعلت الحيازة شرطاً فيه، لم يكن إلا بمعنى القبض كالهبة.

مسألة: ولا يكفى من حيازته الاتفاق على الإقرار بذلك حتى تشهد البيئة على معاينة ذلك، قاله ابن الماجشون فى الموازية والمجموعة، وهو مذهب مالك، أن حق الغير متعلق به حين الحاجة إلى الحكم بكونه رهناً بعد موت الراهن أو فلسه، وقت تعلق الغرماء به، وأما قبل ذلك، فلا حاجة لهما إلى ذلك، ولا يمتنع عليهما بصحته بكل وجه.

مسألة: ولو مات الراهن أو أفلس، ووجد الرهن بيد المرتهن أو بيد الأمين الموضوع على يده، وفى الموازية والمجموعة عن عبد الملك: لا ينفع ذلك حتى تعلم البيئة أنه حازه قبل الموت والفلس. قال ابن المواز: صواب لا ينفعه إلا معاينة الخوز لها حين الارتهان.

ووجه ذلك أنه قد وجد بيده بعد الموت أو الفلس، ولما كان من شرط ثبوت حكم الرهن له قبضه وحيازته قبل تعلق حق الغرماء به، لم يحكم له بذلك إلا بعد ثبوت الشرط فى وقته وقبل فوته.

قال أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى لو ثبت أنه وجد بيده قبل الموت والفلس،

٢٥٨ ..... كتاب الأقضية  
ثم أفلس أو مات الراهن لوجب أن يحكم له بحكم الرهن والله أعلم، ولعله أن يكون  
هذا معنى قول محمد: لا ينفعه إلا بمعاينة الحوز، بمعنى كون الرهن بيده فى وقت يصح  
فيه الحوز، وظاهر اللفظ يقتضى أن لا ينفع هذا حتى يعاين تسليم الراهن له إلى المرتهن  
على هذا الوجه، وهو وجه محتمل، ويتعلق به أحكام سنوردها، وننبه عليها فى  
مواضعها، إن شاء الله تعالى.

### الباب الثانى: فى صفة الحيابة وتمييزها مما ليس بحيابة

فأول ذلك أن الرهن يلزم بمجرد القول خلافاً لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما: لا  
يلزم إلا بالقبض.

قال القاضى أبو محمد: والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾  
[البقرة: ٢٨٣]، قال: فلنا من الآية دليلان، أحدهما: أنه قال عز من قائل: ﴿فرهان  
مقبوضة﴾ فأنبتها رهناً قبل القبض. والآخر أن قوله: ﴿فرهان مقبوضة﴾ أمر؛ لأنه لو  
كان خبراً، لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض، ومن قولهم أن الراهن لو جنّ أو  
أغشى عليه، ثم أفاق، فسلم، فصح، فيثبت أنه أمر.  
ومن جهة القياس أنه عقد وثيقة كال كفالة.

مسألة: وهل يكون من شرط صحة الحيابة للراهن أن يقبضه الحائز لذلك أم لا؟  
اختلف أصحابنا فيه، ففى كتاب ابن المواز من رواية ابن القاسم عن مالك فيمن اكترى  
داراً أو عبداً سنة، أو أخذ حائطاً مساقاة، ثم ارتهن شيئاً من ذلك قبل تمام السنة، فلا  
يكون محوزاً للرهن؛ لأنه يجوز قبل ذلك بوجه آخر.

وفى المجموعة، قال سحنون: ومذهب ابن القاسم أنه يجوز أن يرتهن الرجل ما فى  
يده بإجارة أو مساقاة، ويكون ذلك حيابة للمرتهن كالذى يخدم العبد، ثم يتصدق به  
على آخر، فحوز المخدم حوز للمتصدق عليه. وقال القاضى أبو محمد: إن رهن عيناً  
كان غصبها قبل ذلك، صح، وسقط ضمان الغصب.

وجه القول الأول، وهو قول أبى حنيفة أن هذا رهن بقى بيد من استحق قبضه قبل  
الرهن، فلم يكن محوزاً كما لو بقى بيد الرهن.

ووجه القول الثانى ما تقدم من احتجاج ابن القاسم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن رهن بيتاً من دار بما يليه من الدار فحازه المرتهن بغلق أو كراء، قال



ابن حبيب عن أصبغ: إن حد له نصف الدار، فهو أحسن، وإن لم يحده، ولكنه رهنه البيت بعينه، ويصف الدار شائعاً، فيحارته للبيت تكفيه، وهي حيازة للجميع، وكذلك في الصدقة، يريد بقوله: فحيازة المرتهن بغلق البيت، أن غلقه للبيت على ذلك الوجه حيازة له، وسائر ما ارتهن من الدار، وأما الكراء، فإنه يشتمل على الجميع.

واختار أصبغ أن يحد له ما احتازه من الدار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة له حتى يتميز الرهن من غيره، لكنه إن حاز البيت أجزأه ذلك، وهو يحتمل وجهين، أحدهما: أن البيت هو معظم الرهن، والباقي تبع له. والثاني: أن يكون ذلك مبنياً على جواز المشاع مع غير الرهن، ويكون معنى المسألة بقية الدار لغير الراهن.

وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ارتهن الدار، وفيها طريق للمسلمين يسلكها الراهن وغيره، قال: إذا حاز البيوت، لم يضره الطريق؛ لأنه حق للناس كلهم، فراعى في الحيازة البيوت دون الساحة، ويحتمل ما قدمناه من أنه تبع للبيوت.

مسألة: ويجوز عند مالك رهن المشاع، وبه قال الشافعي، ومنع من ذلك أبو حنيفة. والدليل على ما نقوله أن كل ما صح قبضه بالبيع، صح ارتهانه كالمقسوم.

مسألة: إذا قلنا إنه يجوز رهن المشاع، فلا يجوز من رهن نصف شيء أن يكون باقيه له أو لغيره، فإن كان لغيره، ففي كتاب ابن المواز لأشهب: من كان له نصف عبد أو نصف دابة، أو ما ينقل ويحول كالثوب والسيوف، لم يجر له أن يرهن حصته، إلا بإذن شريكه، وكذلك كل ما لا ينقسم؛ لأن ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه، فإن لم يأذن له انتقض الرهن.

فإن أذن له، جاز ذلك، ثم لا رجوع له فيه، ولا له يبعه إلا بشرط أن يبقى جميعه بيد المرتهن إلى الأجل، وكذلك لو كان جميعه على يد الشريك، فأراد الشريك بيع نصيبه على أن يكون جميعه بيده إلى الأجل، جاز، ولا يفسد ذلك البيع، وإن لم يكن بقرب الأجل؛ لأنه باع ما يقدر على تسليمه كالثوب في الغائب.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وهذا عندي لا يمنع ما ذكر؛ لأن رهن نصيب منه لا يمنع من بيع نصيبه، إن شاء، بأن يفرد بالبيع أو بأن يدعو الرهن إلى بيع حصته معه على الوجه الذي كان له ذلك قبل الرهن، فإن باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهناً، فإن كان بجنس الدين قضى منه دينه إن لم يأت برهن بدل منه.

٢٦٠ ..... كتاب الأقضية

قال أشهب فى المجموعة: إلا أن يحتفل ذلك القسمة، فىقسف وتصفير حصة الراهن بىء المرتهن أو بىء أمين.

مسألة: وإذا قلنا بجواز ذلك بإذن الشريك أو بغير إذنه، فإن الحوز فىه يكون عند ابن القاسم بأن يحل المرتهن فىه حل الراهن. وقال أشهب وعبدالمملك: لا يتم فىه الحوز إلا بأن يجعل جميعه على ىءى الشريك. قال أشهب أو غيره: أو بىء المرتهن.

وجه قول ابن القاسم أن هذا رهن لجزء مشاع، فجاز أن يحاز بأن يحل المرتهن فىه حل الراهن مع شريكه كالدور والحمام، وقد جوز ذلك أشهب وعبدالمملك فى الدور والحمام، وذكر ذلك عنهما ابن المواز وابن عبدوس، وقالوا: وهذه حيازة ما لا يزال به.

مسألة: ولو رهنة عبداً أو ثوباً، فإن حيازته قبض المرتهن أو العدل لجميعه، فإن استحق نصفه، فى الموازية والمجموعة عن أشهب: هو على ما تقدم، إن شاء المستحق أن يكون جميعه بىء المرتهن، فهو جائز، وإن منع من ذلك، وكان واحداً، لا ينقسم بىع، فأخذ المرتهن ثمن ما للراهن يتعجله من دينه، إن كان من جنس دينه، وإن كان من غير جنسه، مثل أن يكون دينه دراهم، فىباع بدنائير، أو يكون دينه دنائير فىباع بدراهم، وقف رهناً إلى الأجل.

قال: ولو رهنك النصف ثم أراد بىع النصف الثانى، لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل على ما تقدم. ومذهب ابن القاسم أنه يجوز أن بىقى الرهن إلى أجله، ويجوز المرتهن منه النصف الثانى مع المستحق لنصفه، وهو معنى قوله فى المدونة.

فصل: فإن كان جميع الرهن للراهن، فرهن نصفه، فإنه لا يصح الرهن مع بقاء شىء من العبد بىء الراهن، وإنما يصح أن يسلم جميعه إلى المرتهن أو إلى العدل.

مسألة: وأما ما لا ينقل، ولا يحول كالدور والأرضين والرباع، فإنه إن رهنه نصف دار، له جميعها، جاز ذلك.

قال فى كتاب ابن المواز: فىقوم بذلك المرتهن مع الراهن يكرىانه جميعاً، أو يجوزانه، أو يضعانه على ىءى غيرهما.

وفى المجموعة لابن القاسم عن مالك: إن قبضه أنه يحوزه دون صاحبه، وهذا إن أشار به إلى الجزء الذى ارتهن، فموافق لما فى كتاب ابن المواز، وإن أشار به إلى جميع ما رهن بعضه، فمخالف له. وقد قال أشهب فى المجموعة: لا حيازة فىه إلا بقبضه كله على ىء المرتهن أو ىء عدل.

كتاب الأقضية ..... ٢٦١

ووجه القول الأول أن ما صح أن يكون حيازة فى الهبة، صح أن يكون حيازة فى الرهن كقبض الكل.

ووجه القول الثانى أن الهبة لما كانت لا يطرأ عليها الفساد بعد تمامها بالحيازة، جاز أن يكفى فيها من الحيازة قبض الحصاة الموهوبة والرهن بخلاف ذلك؛ لأنه يطرأ عليه الفساد بعد تمامه بالحيازة، فلم تصح حيازته إلا بمنع الراهن منه جملة.

فرع: ولو رهن رجل حصاة من دار، ثم اكرى من شريكه حصته، لم يبطل ذلك الرهن فى الحصاة التى رهن، وللمرتهن منعه من سكنى الحصاة التى اكرى حتى يقاسمه، فيحوز حصاة الرهن، قاله ابن القاسم.

وزاد أشهب: ويمنعه القيام بالحصاة التى اكرى حتى يجعل ما اكرى من ذلك على يد المرتهن بيده ليتم الحوز.

ووجه ذلك أن ملكه لمنافع حصته من الدار، لا يمنع من صحة حيازة الرهن، كما لم يمنع من ذلك ملكه لمنافع الرهن، وإنما يمنع من ذلك سكناه إياه، وتصرفه فيه؛ لأن هذا لو فعله فى حصاة الرهن؛ لأبطل حيازته.

مسألة: ومن صحة حيازة الرهن أن تتصل حيازته على الوجه الذى ذكرناه، فإن أحدث الراهن فيه حدثاً قبل أن يقبضه المرتهن، فكل ما فعل فيه من بيع، أو وطء، أو عتق، أو هبة، أو صدقة، أو عطية، أو غير ذلك نافذاً، إن كان ملئياً، وإن كان معسراً، لم ينفذ منه إلا أن تحمل الأمة أو يبيعها، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

قال: ولو قام المرتهن بطلب حيازة الرهن قبل أن يفلس الراهن أو يحدث ما ذكرناه، قضى له بذلك. وقال أبو حنيفة: ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً. وللشافعى فيه قولان، أحدهما مثل قول أبى حنيفة. والثانى مثل قولنا.

فإن حازه المرتهن على يده أو يد عدل، ثم رجع إلى الراهن بإذن المرتهن بإجارة، أو مساقاة، أو ودعة، أو بغير ذلك، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية وغيرها: قد نخرج من الرهن.

قال ابن القاسم: ولو أذن له فى سكنى الدار لخرجت عن الرهن. قال هو وأشهب: ولو أذن له فى زراعة الأرض، فزرعها، وهى بيد المرتهن، فقد خرجت عن الرهن خلافاً للشافعى. ووجه ذلك أنه قد عدت الصفة التى هى شرط فى صحة كونه رهنًا وهى الحيازة.

٢٦٢ ..... كتاب الأقضية

فرع: ولو مات الراهن، فأكرى المرتهن الرهن بعد أن حازه فى حياته من بعض ورثته، لم يخرج بذلك عن الرهن، رواه ابن المواز عن ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن الرهن لم يرجع إلى الراهن؛ لأن الدين لم ينتقل إلى ذمم الورثة.

فرع: فإن وقع من ذلك ما يبطل الحيازة، ثم المرتهن يريد قام المرتهن يريد رد ذلك، ليصح رهنه، فقد روى ابن المواز وابن عبدوس عن أشهب: له ذلك، إلا أن يفوت بتحبيس، أو عتق، أو تدير، أو غيره، أو قيام غرمائه. وقال ابن القاسم: إلا فى العارية، إلا أن يكون أعاره على ذلك، وقاله أشهب فى كتاب ابن المواز فى العارية.

وقال بعض القرويين: إنما فرق ابن القاسم بينهما إذا كانت العارية مؤجلة، فليس له ارتجاع الرهن بعد أن يعيره، إلا أن يعيره على ذلك، ولو كانت العارية غير مؤجلة، لكان له أن يأخذ الرهن بعد الأجل كالإجارة.

وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم: أن من جعل على يديه إذا أكره من الراهن بعلم المرتهن، فقد خرج عن الرهن، وإن سككت حين علم بذلك خرج عن الرهن، ولو أكره بإذنه، أو ترك الفسخ حين أعلم بذلك، وقد أكره بغير إذنه، ثم أراد يفسخ ذلك، فليس له ذلك.

وجه قول أشهب أن تأخر قبض الرهن، لا يمنع تلافيه قبل فوته كما لو ترك قبضه وقت الرهن، ثم قام يريد قبضه قبل فوته، فإن ذلك له.

ووجه قول ابن القاسم أن القبض الواجب لحق الرهن قد وجب أولاً، فإذا رده، فقد ترك حقه، ورده، فلا رجوع له فيه.

فرع: فإن فات قبل الارتجاع بعتق، أو تحبيس، أو ما أشبه ذلك، والراهن عديم رد لعدمه، ولا يرد البيع، ولا يجعل من ثمنه الدين، ولا يوضع له الثمن، لأنه قد رده كما لو باعه قبل حيازة المرتهن، قاله أشهب فى الموازية.

فصل: وهذا فى حيازة الأعيان، وأما الديون، فارتها، نها جائز، قاله مالك، ولا يخلو أن يكون دين له ذكر حق أو دين لا ذكر له، فإن كان دين له ذكر حق، فحيازته أن يدفع إليه ذكر الحق، ويشهد له به، فهذا جوز أن يكون أحق به من الغرماء فى الموت والفلس، قاله مالك فى الموازية.

ووجه ذلك أن هذا غاية ما يمكن فى حيازته.

مسألة: وإن لم يكن للدين ذكر حق، فهل يجزئ فيه الإشهاد؟ قال ابن القاسم فى المجموعة: إن لم يكن فيه ذكر حق، فأشهد، فلا بأس بذلك، ونحوه عن مالك. وقال ابن القاسم أيضاً: إذا لم يكن فيه ذكر حق، لم يجز إلا أن يجمع بينهما، وإذا كان فيه ذكر حق، جاز ذلك، وهو ظاهر قول مالك فى الموازية.

وجه القول الأول أن الإشهاد أقوى من الجمع بينهما، وهو غاية ما يتوثق به ويصرف به المال إلى الموهوب له، وأما الجمع بينهما، فليس فيه أكثر من إعلام الذى عليه الحق، ولا اعتبار برضاه فى ذلك، فلا معنى لإعلامه على معنى الإشهاد.

مسألة: وإذا كان الدين للراهن على المرتهن، فإن كان أجل الدين إلى مثل أجل الذى رهن به أو أبعد منه، جاز ذلك، وإن كان أجل الدين الذى رهن به أقرب، لم يجز ذلك؛ لأن بقاء الرهن بعد محله رهناً كالسلف، فصار فى البيع بيعاً وسلفاً إلا أن يجعل ذلك بيد عدل إلى محل أجل الدين الذى رهن به، وهذا تفسير قول مالك فى العتبية وغيرها.

ووجه ذلك أن الدين الذى هو الرهن إذا حل الأجل، وكان الأجل إلى شهر، ثم اشترى سلعة، يريد إلى شهرين، على أن يؤخر بدينه الحال أو المؤجل إلى شهر أو شهرين، فهو بيع وسلف، ولو كان الرهن إلى شهرين، فاشترى سلعة إلى شهر، فإنه لا يقضى دينه عند انقضاء أجله، ويبقى الدين الذى هو الرهن إلى أجله، وإن احتيج إلى بيعه على ما بقى من أجله، وليس فى ذلك وجه من وجوه الفساد.

مسألة: ومن تسلف من امرأته دراهم، ورهنها بها خادماً، فقال ابن القاسم فى الموازية والعتبية: أحب إلى لو جعلها بيد غيرها. وقال فى موضع آخر: لا يكون ذلك رهناً.

وقال أصبغ فى الموازية: ذلك حوز لها، وكذلك كل ما فى البيت إلا رقة البيت، فلا يكون سكنها فيها حوزاً، ويصح أن يكون قولها مبنياً على صحة اختيار الزوجة ما رهنه الزوج أو منع ذلك، وسيأتى ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

ويصح أن يكون مبنياً على أن خدمة الزوجة مستحقة على الزوج، والمنزل منزل الزوج، فلا يحاز عند ابن القاسم عنه ما كان فيه بخلاف ما تقدم لأصبغ، والله أعلم.

### الباب الثالث: فيمن يصح وضع الرهن على يده

فإذا كان يتيم له وليان، فإن رهن منهما رهناً بدين على اليتيم، فوضع على يد

٢٦٤ ..... كتاب الأقضية

أحدهما، ففي كتاب ابن المواز عن عبد الملك: لا يتم فيه الحوز؛ لأن الولاية لهما ولا يحوز المرء على نفسه.

مسألة: ومن ارتهن حائطاً فجعل على يد المساقى فيه أو الأجير، فليس برهن حتى يجعل على يد غير من فى الحائط، وليجعل المرتهن مع المساقى رجلاً يستخلفه أو يجعله على يد من يرضيان به، رواه ابن القاسم عن مالك فى الموازية.

وقال عبد الملك فى المجموعة: إن كان رهن نصفه، لم يحز ذلك فى الأجير والقيم، وإن كان رهن جميعه، فهو جائز.

وجه القول الأول أن المساقى، والأجير لما كانا عاملين للراهن كانت أيديهما له، فلا تصح الحيازة مع بقاء الرهن بيد الراهن أو بيد من يقوم مقامه كما لو رهن نصف الحائط.

ووجه القول الثانى أن يد الأجير إنما نابت عن يد الراهن بأمره، فإذا بقى له أمر فى بقاءه بيده لبقاء بعضه غير مرهون، لم يحز ذلك، لأنه لا يكون حائزاً محوزاً منه، وإن لم يبق له فيه شىء، فقد زالت يد الأجير عن جميع الرهن بالأمر الأول، وصار الرهن بيده لمعنى آخر.

مسألة: وهل يصح أن يوضع الرهن على يد غير الراهن، ففي المجموعة عن عبد الملك: إذا وضع الرهن على يد قيم ربه من عبده أو أجيده أو مكاتبه، فإن كان شيئاً يرهن بعضه، فليس بحوز، وإن رهن جميعه، فذلك حيازة إلا فى عبده، وحوز العبد من سيده الرهن ليس بحوز كان مأذوناً له فى التجارة أو غير مأذون.

وجه ذلك أن يد العبد لسيده، ولا يصح أن يكون الرهن محوزاً مع بقاءه بيد الراهن.

مسألة: وأما وضع الرهن بيد زوجة الراهن، ففي كتاب ابن المواز عن أصبغ: أنه إن حيز الرهن بذلك عن رهنه حتى لا يلى عليه، ولا يقضى فيه، فهو رهن ثابت. وقال ابن القاسم فى المجموعة: يفسخ ذلك، ونحوه عنه فى العتبية والموازية.

وجه قول أصبغ أن الزوجة تحوز لنفسها عنه، فكذلك يحوز أن تحوز لغيرها.

وجه قول ابن القاسم أن المرأة للزوج عليها نوع من الحجر، ولذلك هى ممنوعة فيما زاد على الثلث، فلم تحز الرهن على الزوج كعبده وولده الصغير.

مسألة: وأما وضع الرهن بيد أخى الراهن، ففي العتبية والموازية عن ابن القاسم: لا

كتاب الأقضية ..... ٢٦٥

ينبغي أن يوضع الرهن على يد أخى الراهن، وذلك لضعفه. وقال ابن القاسم فى المجموعة: أما فى الأخ، فذلك رهن تام.

وجه القول الأول أن الرهن مبنى على منافاة تصرف الراهن، والمعتاد من حال الأخ أن لا يمنع أخاه من مثل هذا، فلذلك ضعفت حيازته.

وجه القول الثانى، وهو الصحيح أنه مالك لنفسه، بائن عنه بملكه، فأشبهه الأجنبى.

مسألة: وأما وضع الرهن على يد ابن الراهن، فلا خلاف فى المذهب أنه إن كان الابن فى حجر، أن ذلك غير جائز. وأما الابن المالك لأمر نفسه، البائن عن أبيه، فى العتبية والموازاة عن ابن القاسم: لا ينبغي أن يوضع على يد ابنه. وقال فى المجموعة: إن وضع على يده، فسخ.

وقال سحنون فى العتبية: هذا فى الصغير، وأما الكبير البائن عنه، فإنه جائز، رواه ابن وهب عن ابن الماجشون فى الابن والبنت، وتوجيه ذلك مبنى على ما تقدم، والله أعلم.

#### الباب الرابع: فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين

فإنه إذا شرط المرتهن كون الرهن على يديه، جاز ذلك، إن كان مما يعرف بعينه كالدار والعقار والحيوان والثياب وغير ذلك مما لا يكال ولا يوزن، فأما الدنانير والدراهم، فلا يجوز ذلك فيها لجواز أن ينتفع بها، فيرد مثلها.

وقال أشهب فى المجموعة: لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم والفلوس إلا مطبوعة؛ للتهمة فى سلفها، فإن لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع، ويستقبل طبعها متى عشر على ذلك، وهذا إذا كان على يد المرتهن دون الأمين، وما أرى ذلك فى الطعام والأدام، وما لا يعرف بعينه، لأنه لا يكاد يخفى التصرف فيه، ويخفى فى العين، فالتهمة فيه أبين.

والذى فى المدونة فى الدنانير والدراهم والفلوس: أنه يجوز ارتهانها إذا طبع عليها، وإلا فلا. قال: وكذلك الخنطة والشعير وجميع ما يكال أو يوزن، إذا طبع عليها، وحيل بين المرتهن وبين الانتفاع به، قال: لأن الطعام يؤكل، والعين تنفق، ويؤتى بمثلها والثياب والحلى لا يؤتى بمثلها؛ لأنها معينة، والله أعلم.

مسألة: وإن شرط كونها على يد أمين لزمها ذلك أيضاً، ولا يحتاج أن يطبع منها

٢٦٦ ..... كتاب الأقضية

على ما لا يعرف بعينه، وهو مذهب ابن القاسم وأشهب، فإن لم يشترط شيئاً، فقد قال محمد بن عبدالحكم: أنهما إذا اختصما في ذلك، قيل لهما: اجعلاه على يد من رضىتما، فإن لم يجتمعا على الرضى بأحد جعله القاضى عند من يرضاه.

ووجه ذلك أنهما إذا شرطا من يوضع على يده، لزمهما ذلك، وإذا لم يشترطاه، ورضيا به، جاز ذلك؛ لأن الحق في ذلك لم يخرج عنهما، ولزمهما من رضيا به بعد عقد الرهن كما لزمهما عند عقد الرهن.

وإذا لم يكن شيء من ذلك، فإن النظر في ذلك من الاختلاف عائد إلى الحكم كما لزمهما عند عقد الرهن.

وإذا لم يكن شيء من ذلك، فإن النظر في ذلك من الاختلاف عائد إلى الحكم كما التيمم، لا ولى له، أو مال للغائب، لا وكيل له، ولا يلزم المرتهن أو يوضع ذلك على يده، إذا أباه، قال: لأنه يريد أن يزيل عن نفسه ضمانه، والله أعلم.

مسألة: فإن مات الأمين، فأوصى إلى رجل، لم يكن الرهن على يده، ولكن على يد من يرضى المتراهنان به. قال ابن القاسم في المدونة: قال أشهب في المجموعة: وعلى الوصى أن يعلمهما بمؤنه، ثم إن شاء إقراره عنده أو عند غيره، فإن اختلفا فيه، وفى غيره جعل بيد أفضل الرجلين.

### الباب الخامس: فيمن يلى الرهن ويقوم به من الإنفاق عليه والاستغلال له

روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن المرتهن يلى كراء الرهن وأحب إلى أن يستأمر الراهن إن حضر، فإن لم يأمره مضى ذلك. وقال ابن القاسم: للمرتهن أن يكرى الرهن بغير إذن الراهن، علم أو لم يعلم.

وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة: إن لم يأمره الراهن بالكراء، فليس له ذلك. وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: أن المرتهن يلى كراء الرهن بإذن الراهن، وكذلك من وضع على يده يلى ذلك بإذن الراهن.

وجه القول الأول أن عقد الرهن ووضعه بيد المرتهن يقتضى أن يلى كراءه؛ لأن الراهن ليس له ذلك؛ لأن توليه يخرج عن الرهن، ولا يجوز أن ينقذ الرهن على تضييع الغلة، فافتضى عقد الرهن أن يلى كراءه من وضع على يده.

وجه القول الثانى أن عقد الراهن لا يقتضى حفظ المرتهن للعين التى رهنها، وإنما



كتاب الأقضية ..... ٢٦٧

يكون ذلك للمرتهن بإذن الراهن، فإذا أذن له فى حفظه، لم يكن له أيضاً أن يلى كراءه واستغلاله إلا بإذنه، وإنما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بذلك كما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بحفظ الرهن.

مسألة: وليس للمرتهن أن يحابى فى كراء الرهن؛ فإن حابى ضمن المحاباة، وقضى الكراء، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

ووجه ذلك أن عقد الكراء إليه، فإذا عقده، لزمه، وعليه أن يستوفى الكراء، فإن حابى بشيء منه، فهو هبة منه للمكترى، فعليه ضمان ذلك القدر الذى حابى به؛ لأن الراهن صار كالمحجور عليه فى كراء الرهن، يلزمه فعل من وضع على يده فيه من العقد، وله الرجوع بما حابى فيه من قيمة منفعتة.

مسألة: فإن أراد الراهن أن يعجل الدين ويفسخ الكراء، فإن كانا الكراء بلا وجيبة، لم يكن له فسخه، وإن كان بوجيبة، فللراهن فسخه، وإن كان أجله دون أجل الدين، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون. قال أصبغ: إن كانت وجيبة إلى أجل الدين وأدون، فليس للراهن فسخه، وإن كانت أبعد من أجل الدين، فله فسخ ما زاد عليه إذ حل الأجل.

وإنما فرق ابن الماجشون بين الوجيبة وغيرها؛ لأن عقد الكراء إذا انعقد على معين يتقدر بنفسه، لم يفسخ بفوات زمان، وإن أغلق بزمان معين، وقدر بزمان انفسخ بفوات ذلك الزمان.

وجه قول أصبغ أن الكراء على اللزوم، فإذا لزم ما تقدم منه بالعمل فيما لا مضرة فيه على الراهن أو استدأ بقاء الدين إلى أجله، فكذلك ما تقدر منه بالزمان. قال أصبغ: ولو كان الدين حالاً، لم أر له أن يكريها بوجيبة طويلة جداً، فإن فعل، لم يلزم الراهن إذا عجل الدين.

مسألة: فإذا ترك المرتهن أن يكري الدار حتى حل الأجل، فإن كانت من الدور التى لها قدر كدور مكة ومصر، أو كان العبد نبيلاً، ارتفع ثمنه لخراجه فيدعه لا يكريه، فهو ضامن لأجر مثله.

وإذا لم يكن له كبير كراء، ومثله قد يكري، ولا يكري، لم يضمه، قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون. قال أصبغ: لا يضم فى الوجهين، وكذلك الوكيل على الكراء يترك ذلك، لم يضم.

٢٦٨ ..... كتاب الأفضية

وجه قول ابن الماجشون أن الراهن محجور عليه في كراء داره وربعه الذى رهنه، وذلك للمرتهن الذى هو بيده، فإذا ضيعه، لزمه ما ضيع وتعدى بتركه.

وجه قول أصبغ أنه كالوكيل، الذى ليس له فعل إلا بإذن الموكل، فلا يلزمه ضمان شىء من ذلك.

مسألة: ولو أكرى الراهن الدار بأمر المرتهن خرجت من الرهن. قال ابن المواز: اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب، ولكن يكره المرتهن بأمر الراهن، قال ابن القاسم: وكذلك العارية. وقال أشهب: إن أعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وجه ذلك عندى أن يليه المكترى، ويدخل معه فيه حتى يصير فى حكم ما هو فى يده، وقد قال فى المدونة: إنما قلت أن يبيع الرهن بإذن المرتهن، لا يبطل الرهن إذا باعه فى يد المرتهن، ولو دفعه إليه يبيعه لنقص رهنه فى قول مالك.

وقال: يجوز إن ارتهن حصة المرتهن من جملة هذا الطعام، فإن أراد شريعه قسمته، فإن كان الراهن حاضراً، أمر أن يحضر، فيقاسم شريكه والرهن كما هو بديه، فهذا وجه ذلك، والله أعلم وأحكم.

ويحتمل الوجه الآخر أنه محجور عليه فى التصرف فيه، فعلى هذا إنما يكون بيعه ومقاسمته بمعنى الإذن فيه ومباشرة المرتهن له، ويحتمل عندى أن يفرق بينهما بأن المكترى يده يد من أكره منه.

فإذا باشر الراهن الكراء، فقبضه المكترى انتقض بذلك الرهن؛ لأنه قد قبضه الراهن، وإذا باشر ذلك المرتهن، فانتقل بكراءه إلى المكترى، فلم يخرج عن يده، فبقى على حكم الرهن، ولذلك قال ابن القاسم وأشهب: إن أعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن.

ومعنى ذلك أن يد المستعير يد المعير، وأما فى البيع، فإن باعه الراهن، وهو فى يد المرتهن انتقل إلى يد المشتري، وقبض المرتهن الثمن، فلم يخرج بذلك عن حكم الرهن، وكذلك قسمة الطعام لا تنقل الرهن فى شىء من ذلك إلى يد الراهن، ولا إلى من يده فى حكم يد الراهن، وإنما يبقى بيد المرتهن، فلذلك جاز.

مسألة: وإذا كان الكرم رهنا بيد عدل، فأتى ربه بحفار يحفره، ففى العتبية، قال

كتاب الأفضية ..... ٢٦٩

سحنون: ولا يحضر حفرة، ولا يأتي بحفار، وإنما يأتي به المرتهن، وهو يأمر بالحفر، ومن حيث يبدأ وكذلك حرث الأرض، فهذا وجه ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وعمل الحائط على المرتهن، ومرة الدار، ونفقة العبد وكسوته على الراهن دون المرتهن، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

وجه ذلك أن الملك للراهن دون المرتهن، فعليه أن ينفق، وليس له أن يترك الرهن يخرّب ويفسد.

مسألة: وإذا تهورت البئر المرتهنة، فعلى الراهن إصلاحها، رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية، ومعناه فى المدونة، وإذا غرم المرتهن خراج الأرض المرتهنة، فإن كانت من أرض الخراج رجع على صاحب الأرض، وإن لم تكن من أرض الخراج، لم يرجع عليه بشيء؛ لأنها مظلمة.

وكذا اختران الرهن، إن كان مما يختزن على الراهن، وإن كان مما لا يختزن على الراهن مثله فى العادة كالثوب والعبد، فلا كراء فيه، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية.

وأما الرهن يحل بيعه، بحيث لا سلطان به، ولا يوجد من يبيعه إلا يجعل، فقد روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم: أن الجعل على من طلب البيع. قال عيسى: وما أرى الجعل إلا على الراهن.

ووجه ذلك أن على الراهن صرف الرهن إلى صفة يقتضى منها المرتهن حقه، فيجب أن يكون جعل صرف ذلك عليه، وإذا مات العبد المرتهن، فكفنه ودفنه على رآه، قاله مالك فى المدونة.

ووجه ذلك أن هذا من مؤنته، وذلك لازم لمالكه دون مرتته.

مسألة: وإذا أنفق المرتهن على الرهن بأمر الراهن، فهو سلف، ولا يكون فى الرهن إلا بشرط، سواء أنفق بإذنه أو بغير إذنه، وليس كالضالة ينفق عليها، فيكون عند مالك أولى بها من الغرماء حتى يستوفى نفقتها؛ لأنه لا بد أن ينفق عليها، وليس عليه ذلك فى الرهن؛ لأنه يطلب من الراهن أن يرفع ذلك إلى الإمام فى غيبته، قاله ابن القاسم.

قال أشهب: هو مثل الضالة والرهن بها رهن، وليس للراهن منعه من ذلك؛ لأن الرهن يهلك، إن كان حيواناً، ويخرّب إن كان ربعا.

٢٧٠ ..... كتاب الأقضية

مسألة: وهل يلزم الراهن الإنفاق، وإن كان موسراً، ففي المدونة: من ارتهن زرعاً أو ثمرة، لم يبد صلاحها، فانهارت بثرها، وأبى الراهن أن ينفق عليها، فليس للمرتهن أن ينفق عليها، ويرجع بما أنفق عليها، ولكن يكون ما أنفق في رقاب النخل حتى يستوفيه، ويبدأ بما أنفق قبل الدين.

وروى عن ابن القاسم في المختصر من غير المدونة: أن الراهن يجبر على الإصلاح، إن كان ملياً.

وجه القول الأول أن العين التي ارتهنها قد تغيرت، فليس على الراهن بدلها، كما لو مات الحيوان، إن لم يكن عليه أن يأتي ببده.

وجه القول الثاني أن هذه نفقة يحيا بها الرهن، فلزمت الراهن كنفقة الرقيق.

مسألة: وإذا حل الدين، ولم يقض الراهن الدين، فلا يخلو أن يكون عرا الراهن عن شرط أو يكون جعل الراهن بيعه لمن هو بيده، فإن لم يكن في ذلك شرط، فليس لمن هو بيده بيعه، ويرفع ذلك إلى السلطان، قاله مالك في المدونة. قال ابن القاسم في غير المدونة: فإن باعه، ردّ بيعه، قال: ولا يبيعه إلا ربه أو السلطان.

وجه ذلك أنه غير محجور عليه، فلا يلي أحد بيع ماله، إلا أن يأبى من الحق، فيبيعه عليه السلطان.

مسألة: فإن كان شرط له بيعه عند الأجل، ففي المدونة: أنه إن كان الراهن قد شرط إن لم يأت بالدين إلى الأجل، والذي هو بيده مسلط على بيعه، فإن مالكا، قال: لا يبيعه إلا بأمر السلطان.

زاد ابن القاسم عن مالك في العتبية وغيرها: كان على يد المرتهن أو يد غيره، وشرط ذلك، فلا يفعل وشدّد فيه. وروى عبدالرحمن بن دينار عن ابن نافع: ما أرى بيعه جائزاً إلا بأمر السلطان، وإن شرط ذلك.

وقال عيسى: قال ابن القاسم مثله، وبهذا قال الشافعي: أنه لا يصح توكيله على بيعه. وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب أنه يكره، ويصح كالوكالة. قال ابن القاسم: وبلغني عن مالك أنه قال: فإن باعه نفذ البيع، ولم يرد، فات أو لم يفت، كان له بال أو لم يكن، إذا أصاب وجه البيع؛ لأنه بيع بإذن ربه.

وروى ابن المواز عن أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: يمضى ذلك إلا أن يكون مما له

بال كالدور والأرضين والرقيق والحيوان وما له بال فى القدر أيضاً، فليرد إن لم يفت، فإن فات أمضى إلا أن يعلم له صفة تساوى أكثر مما بيع به، فيضمن الفضل.

قال: وبلغنى ذلك عن مالك. وقال أشهب فى الموازية والمجموعة: أما القصب والقثاء، وما يباع من الثمر شيئاً بعد شيء، فليبيع بمحضر قوم كما شرط، وأما الرقيق والدور والثمار، فلا بد من السلطان.

وقال أشهب: وهذا بموضع السلطان، وأما بلد لا سلطان به فيه، أو سلطان يعسر تناوله، فيبيعه جائز، إذا صح وأمن الغرر.

وذكر الشيخ أبو القاسم هذه الرواية على غير هذا، فحكى عن المذهب، أنه إذا كان اشتراء القصب ونحوه مما لا يبقى مثله، أو ينقص ببقائه، فللمرتهن الموكل على البيع ببيعه، وإن كان عرضاً أو ربحاً تكثر قيمته، ولا يضر بقاءه، فقد كره له بيعه، إلا بإذن الحاكم إذا غاب ربه، وقال أشهب: لا بأس ببيع الربيع وغيره.

ووجه القول الثانى أن كل من يصح توكيله على بيع غير الرهن، صح توكيله على بيع الرهن كالأجنبى.

فرع: وإذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل، فقد حكى الشيخ أبو القاسم والقاضى أبو محمد عن المذهب: ليس له ذلك، إلا بإذن المرتهن. وقال القاضى أبو إسحاق: له ذلك، وبه قال الشافعى.

وجه القول الأول أن هذه وكالة إذا شرطت فى العقد، صارت من موجباته، فلم يكن للراهن فسخها كإمساك الرهن.

وجه الرواية الثانية أنه عقد وكالة، فلم يلزم بالعقد كسائر الوكالات.

مسألة: وبيع الرهن مختلف، قال ابن عبدوس: إذا أمر الإمام ببيع الرهن، فأما اليسير الثمن، فيباع فى مجلس، وما كان أكثر منه، ففى الأيام، وما كان أكثر منه، ففى أكثر من ذلك، وأما الجارية الفارهة والدار والمنزل والثوب الرفيع، فبقدر ذلك حتى يشتهر، ويسعر به، وربما نودى على السلعة الشهرين والثلاثة وكل شيء بقدره.

مسألة: وإذا أمر الإمام ببيع الرهن بغير العين من عرض أو طعام، فقد قال ابن القاسم فى الموازية: لا يجوز ذلك. وقال أشهب: إن باعه بمثل ما عليه، ولم يكن فيه فضل، فذلك جائز، وإن كان فيه فضل، لم يجوز بيع تلك الفضلة، والمشتري بالخيار فيما

بقى، إن شاء تمسك، وإن شاء رد؛ لما فيه من الشراكة، وإن باعه بغير ما عليه، لم يجوز.

\* \* \*

### القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: فِي الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ لَهُمَا رَهْنٌ بَيْنَهُمَا، فَيَقُومُ أَحَدُهُمَا بِبَيْعِ رَهْنِهِ، وَقَدْ كَانَ الْآخَرُ أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ سَنَةً، قَالَ: إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ يُقَسِّمَ الرَّهْنَ، وَلَا يَنْقُصَ حَقُّ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ، يَبِيعُ لَهُ نِصْفَ الرَّهْنِ الَّذِي كَانَ بَيْنَهُمَا، فَأَوْفَى حَقَّهُ، وَإِنْ خِيفَ أَنْ يَنْقُصَ حَقَّهُ، يَبِيعُ الرَّهْنَ كُلَّهُ، فَأَعْطَى الَّذِي قَامَ بِبَيْعِ رَهْنِهِ حَقَّهُ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ طَابَتْ نَفْسُ الَّذِي أَنْظَرَهُ بِحَقِّهِ أَنْ يَدْفَعَ نِصْفَ الثَّمَنِ إِلَى الرَّاهِنِ، وَإِلَّا حُلِفَ الْمُرْتَهِنُ أَنَّهُ مَا أَنْظَرَهُ إِلَّا لِيُوقَفَ لِي رَهْنِي عَلَى هَيْئَتِهِ، ثُمَّ أُعْطِيَ حَقَّهُ [عَاجِلًا] <sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن الرجلين يصح أن يرتهننا رهناً من رجل، فإن رضى الراهن أن يكون بيد أحدهما، فذلك جائز، ويضمن حصته منه، وهو فى باقيه أمين، يضمنه الراهن، قال ذلك ابن القاسم وأشهب.

زاد أشهب فى المجموعة: فإن لم يتراضيا بكونه بيد أحدهما، جعل بيد أمين، ولا يضمنانه. قال ابن القاسم وأشهب: وإن قبضاه من الراهن، ولم يجعلاه بيد أحدهما، ضمنانه، وإن جعلاه بيد أمين.

وجه ذلك أنه إنما أسلمه إليهما، فإن انفرد أحدهما بعد ذلك بقبضه، أو اتفقا على وضعه عند من شاء، فقد تعديا فيه وجعلاه عند من لم يأذن لهما فيه، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فى الرجلين، إذا ارتهننا رهناً بحق لهما» ذلك يكون على وجهين، أحدهما: أن يرتهناه فى وقت واحد. والثانى: أن يرتهن أحدهما فضل الآخر، ومسألة الكتاب تقتضى أنهما ارتهنناه معاً، ولو ارتهننا رهناً بدين لهما على رجل، فأنظره أحدهما بحقه سنة، وقام الآخر يطلب تعجيل حقه، فإن كان الرهن لا تنقص قيمته بالقسمة، قال فى الأصل: إن لم تنقص قسمته حق الذى أنظره بحقه، يبيع.

وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك، وهو فى الموازية والعتبية من رواية

(١) ما بين المعقوفتين سقط من أصل الباجى، وما أوردناه من الموطأ، والاستذكار لابن عبد البر.

كتاب الأفضية ..... ٢٧٣

عيسى وأبى زيد عن ابن القاسم: إن قدر على قسم الرهن بما لا ينقص به حق القائم بحقه، قسم، فبيع لهذا نصفه فى حقه.

قال أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى إنما يراعى فى ذلك إدخال القسمة النقص فى قيمة الرهن، وإذا دخل النقص فى أحد القسمين، فلا بد من أن يدخل فى الآخر، فتارة أظهر مراعاة حق القائم، وتارة أظهر مراعاة حق الآخر، ولا المعنى فيهما واحد لاسيما، وقد ثبت فى المسألة أن الرهن بينهما بنصفين.

وقد زاد فى المجموعة والعتبة: أن دينهما سواء، فإذا بيع نصف الرهن، فكان ثمنه قدر الدين قبضه القائم فى حقه، وإن قصر عن الدين طلبه ببقية دينه، ولم يكن له أن يباع شيء من بقية الرهن؛ لتعلق حق صاحبه به، وبقي إلى الأجل الذى أنظره.

وإن لم يكن فيه فضل عن دين الذى أنظره، ولو كان فيه فضل عن دينه، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن رهن عبداً أو داراً فى دين مؤجل، فقام عليه غريم آخر، قال الشيخ أبو محمد: يريد، وهو معسر، فإن كان فى الرهن فضل عما رهن به يبيع، ففضى المرتهن حقه معجلاً، وقضى الغريم الآخر، وإن لم يكن فيه فضل، لم يبيع حتى يحل أجل المرتهن، فعلى هذا لا تباع حصة الذى تأجل دينه بما بقى من دين الذى تعجل إلا أن يكون فيها فضل عن دين صاحبه.

وأما إن كان فى حصة الذى تعجل، فقد فضل عن دينه، فإنما يباع منه عندى بقدر الدين المعجل، ولا يكون ما فضل عن الدين رهناً، ويدفع إلى الراهن؛ لأنه إنما رهن كل واحد منهما نصف الرهن، فلا دخول للآخر فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «فإن خيف أن ينقص حقه، بيع الرهن كله، فأعطى الذى قام ببيع رهنه من ذلك، أضاف الرهن إلى المرتهن» لما كان له ثمنه وكان بيده. وقال: إن الرهن كله يباع ويعطى من ذلك، ولم يبين قدر ما يعطى، ولا يبين أى قدر يعطى.

وقد بين ذلك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك، فقال ابن القاسم: إن القائم يأخذ من نصفه حقه، يريد أنه لا سبيل له إلى النصف الذى هو حصة الذى أنظره من الرهن، وإنما يأخذ دينه من النصف الذى ارتهن، وقد تقدم ذكر ذلك.

فصل: وقوله: «فإن طابت نفس الذى أنظره بحقه، دفع نصف الثمن إلى الراهن، وإلا حلف ما أنظرته إلا ليوثق لى رهنى» يريد أنه إن أراد المرتهن أن يدفع إلى الراهن، ثمن نصف الرهن، وهو الذى كان ارتهنه المؤجل بالدين، جاز ذلك؛ لأنه رهن قد

٢٧٤ ..... كتاب الأقضية

طابت نفسه برده إلى الراهن، وينظره مع ذلك بدينه، «وإن أبى من ذلك، حلف» يريد أنه ما أخره إلا ليبقى الرهن وثيقة بحقه، ثم يقتضى من ثمن حصته من الرهن دينه، وهذا إذا بيع الرهن بمثل ما له من الدين، وكان الدين عيناً.

فإن بيع بعين مخالف للعين الذى له، فقد قال أشهب فى العتبية والموازية: يستحق نصفه، ولا ينقسم، ولا يرضى المستحق ببقائه بيد المرتهن: أنه يباع، ويعجل للمرتهن حقه إن بيع بمثل دينه، فإن بيع بدنانير، ودينه دراهم، أو يبيع بدراهم ودينه دنانير، وقف للمرتهن ذلك رهناً إلى الأجل، فيباع حينئذ فى حقه لما يرجى من غلاء ذلك.

ووجهه أنه غير الصفة التى يمكنه أن يقبضها، ويرجو من الربح فى نقلها إلى الصفة التى يستحقها عند حلول أجل دينه ما لا يرجوه الآن، فلم يكن له أن يباع، فيعجل من ثمنه دينه كما لا يجوز ذلك فى غير الرهن.

فصل: «وإن بيع بقمح وحق المرتهن قمح مثله» فقد قال ابن المواز: إنه بمنزلة أن يباع بدنانير، ودينه دنانير، أو يباع بدراهم ودينه دراهم. وقال أشهب فى العتبية: أنه إن بيع بشيء من الطعام أو الأدام أو الشراب، وهو مثل الذى له صفة وجنساً وجودة، فإننى أستحسن أن له تعجيله، وإن أبى صاحبه؛ لأنه إنما يعطيه مثله، إذا لم يعطه إياه، وهذا الذى قاله يقتضى أن يكون هذا حكم كل مكيل وموزون، وما فى حكمهما.

وكذلك قال سحنون فى المجموعة: إن بيع بمثل حقه، فليعجل له، وقال فى موضع آخر إلا أن يكون حقه طعاماً بيع، فيأبى أن يتعجله، فذلك له، فاعتبر فى ذلك رضى الله عنه رضا المرتهن؛ لأن من اشترى طعاماً مؤجلاً، لم يكن للبائع تعجيله قبل وقته بخلاف العين.

مسألة: وإن بيع بطعام مخالف لما له، فقد قال محمد: يوضع رهناً بيده إلى حلول حقه. وقال أشهب فى العتبية: وكذلك إن بيع بعرض بمثل حقه، أو مخالف له، وضع له رهناً، وليس تعجيله بغير رضا الراهن.

ووجه ذلك أن ما لا مثل له لا تكاد تصح فيه المماثلة، فقد يجد عند الأجل ما هو أقرب إلى المماثلة أو أيسر عليه فيما يجزئ عنه.

فصل: وقوله: «ثم يعطى حقه» على ما تقدم. وقد روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك فى مسألة الأصل: يحلف، ويعطى حقه، إلا أن يأتى الراهن برهن فيه، وفاء حق الذى أنظره، فيكون له أخذ الثمن، فبين أن مسألة الأصل إنما هى فى المعسر.



كتاب الأقضية ..... ٢٧٥

مسألة: ولو كان أصل دينهما من بيع أو قرض أو أحدهما من قرض والآخر من بيع جاز ذلك ما لم يقرضه أحدهما على أن يبيعه الآخر، فلا يجوز، فإن لم يكن بشرط جاز ذلك، قاله ابن القاسم في المدونة.

مسألة: فإن أقرضاه وارتهنا منه داراً أو ثوباً، وقضى أحدهما، خرجت حصته من الرهن، فإن كان دينهما من جنس واحد، وكتباه في ذكر واحد، لم يكن له أن يقضى أحدهما دون الآخر.

وإن كان دينهما من جنسين، لأحدهما دراهم، وللآخر شعير، جاز لأحدهما أن يقضى دون الآخر، ولو كتباه بغير ذكر واحد، أو يكون الرهن لهما بشيء واحد دنانير كلها، أو قمحا كله أو شيئاً واحداً، أو نوعاً واحداً، وإن لم يكتباه به كتاباً، فليس لأحدهما أن يقتضى دون الآخر، وذلك أن ذكر الحق إذا جمعهما أو الرهن، فقد جعلهما مع اتفاق جنس الدين كالشريكين، فلا يقبض أحدهما دون الآخر.

فإن كان دينهما من جنسين مختلفين، انتفت الشركة، وتباينت الحقوق، فلم يمنع أحدهما من قبض حقه.

وكذلك إذا كانا من جنس واحد، ولم يضمنا ما يجمع بينهما بذكر حق ولا رهن، وكتباه حقهما مفرقاً؛ لأن ذلك بمعنى القسمة؛ لأن أفراد ذكر الحق يميز الحق كما يميزه أفراد نفس الحق.

فصل: وأما إذا ارتهن أحدهما بعد الآخر، فهو أيضاً على قسمين، أحدهما: أن يرتهن أحدهما جزءاً من الرهن، ثم يرهن رجلاً آخر باقيه، فإن كان أجل الدينين واحداً، فحكمه حكم ما رهننا جميعه معاً، وإن كان أجلهما مختلفاً، فحكمه حكم مسألة الكتاب في الرجلين، ينظر أحدهما، ويتعجل الثاني.

مسألة: وإذا رهن رجل رهناً بدين له عليه، ثم ادان من آخر، ورهنه فضلة ذلك الرهن الأول، ففي المجموعة عن مالك: ذلك جائز، إن رضى المرتهن الأول، فإن لم يرض، لم يجز، وقاله ابن القاسم وأشهب.

وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ: قال لي أشهب: له ذلك، رضى الأول أو سخط؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك؛ إذ هو المبدأ.

وقال ابن حبيب: إنما أراد مالك برضا الأول، إن لم يتم الخوز للثاني، وإذا لم يرض

٢٧٦ ..... كتاب الأقضية

لم يتم، ولا تكون الفضلة له رهناً، بل هو أسوة الغرماء فيها، وهذا الذى قاله ابن حبيب قد رواه ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك فيمن رهن رهناً وجعله بيد المرتهن، ثم رهن فضله الآخر، لم يجز ذلك إلا أن يحوزه غير الأول؛ لأن الأول إنما حازه لنفسه، فلا يكون رهناً للثانى.

قال ابن القاسم: إلا أن يرضى الأول، فيحوز ويبدأ الأول، ويكون للثانى ما فضل. وقال أصبغ: إذا جعل الرهن بيد غير المرتهن، جاز أن يرهن فضله الآخر، وإن أبى المرتهن الأول إذا علم من هو على يده لتتم الحيازة لهما، وقيل عن مالك: حتى يرضى الأول، والقياس ما قلت لك.

وقد روى الشيخ أبو القاسم رواية أخرى فى رهن فضلة الرهن: أن ذلك لا يجوز، وإن أذن فيه المرتهن الأول، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا حل أجل دين الثانى قبل الأول، ففى الموازية لأشهب عن مالك أنه قال: إذا لم يعلم الأول أن دين الثانى يحل قبل دينه، بيع الرهن، ويعطى الأول حقه قبل محله، ويعطى الثانى ما فضل عن دينه، ثم إن يبيع بمثل حقه أو بخلافه، فقد تقدم فى ذلك قول أشهب وسحنون بما يغنى عن إعادته. وقد قال سحنون فى العتبية: إنما تفسير قول أشهب فى الرهن يستحق نصفه.

فأما مسألة الرهن يرهن فضلته، فيحل حق الثانى، فيباع له، فإنه إذا وقف الأول مقدار حقه، فقد يتغير ما يوقف له حتى ينقص عند الأجل من حقه. قال ابن عبدوس: وكأنه يرى فيما رأيت أنه إن كان إنما يباع بخلاف حق الأول، أن لا يباع إلى أجله؛ لأنه إذا بيع بخلافه وقف الرهن كله، ولم يقض الثانى شيئاً، فلا فائدة فى بيعه.

ومعنى ذلك أن الثانى ليس له إلا ما فضل عن الأول، ولا يعلم ذلك إلا إذا بيع ماله، والله أعلم.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الْعَبْدِ يَرْهَنُهُ سَيِّدُهُ وَلِلْعَبْدِ مَالٌ: إِنَّ مَالَ الْعَبْدِ لَيْسَ بِرَهْنٍ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهُ الْمُرْتَهَنُ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من ارتهن عبداً له مال، فإن مال العبد لا يبيعه فى حكم الراهن؛ لأنه ليس بملك للراهن والراهن إنما يرهنه ما يملكه.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٠٥.

فصل: وقوله: «إلا أن يشترطه المرتهن» يريد، فيكون رهناً مع العبد، وإنما يكون رهناً مع العبد ماله إلى كان له يوم اشتراطه، قاله مالك في المجموعة والموازية، أو ثناء ذلك المال، فإنه بمنزلة أصله.

ووجه ذلك أن ثناء كل مال تبع لأصله في سائر أحكامه، ولذلك تبعه في الزكاة، وأما ما أفاد بعد الارتهان، فلا يكون رهناً معه، وقد تقدم ذكره.

\* \* \*

### القضاء في جامع الرهون

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ ارْتَهَنَ مَتَاعًا، فَهَلَكَ الْمَتَاعُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ، وَأَقْرَأَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ بِتَسْمِيَةِ الْحَقِّ، وَاجْتِمَاعًا عَلَى التَّسْمِيَةِ، وَتَدَاعِيًا فِي الرَّهْنِ، فَقَالَ الرَّاهِنُ: قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ: قِيمَتُهُ عَشْرَةُ دَنَانِيرَ، وَالْحَقُّ الَّذِي لِلرَّجُلِ فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا.

قَالَ مَالِكٌ: يُقَالُ لِلَّذِي بِيَدِهِ الرَّهْنُ صَفَهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ أَحْلَفَ عَلَيْهِ، ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا، فَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ: ارْجُدْ إِلَى الرَّاهِنِ بَقِيَّةَ حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقَلَّ مِمَّا رُهِنَ بِهِ، أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ بَقِيَّةَ حَقِّهِ مِنَ الرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ بِقَدْرِ حَقِّهِ، فَالرَّهْنُ بِمَا فِيهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: أكثر ما في هذا الفصل قد تقدم الكلام عليه، ومعنى ذلك أن الرهن إذا ضاع عند المرتهن، وكان مما يغاب عليه، فلزمه ضمانه؛ لأنه لم يقم بينة بضياعه، أو لأنه يحكم بضمانه له، وإن قامت بذلك بينة على ما وراه أشهب.

فإن اختلفا في قيمته، وادّعى الراهن من ذلك أكثر مما أقر به المرتهن، قيل للمرتهن: صفه، قال: فإذا وصفه، حلف على تلك الصفة، يريد لأن الراهن خالفه فيها، وادّعى أفضل منها، ولو جهل الراهن الصفة، فقد قال ابن حبيب: إذا وصفه المرتهن، حلف، وإن نكل، بطل حقه، وكان الرهن بما فيه.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وعندى أنه لو ادّعى الراهن معرفة الصفة، ونكل المرتهن، حلف الراهن، وقومت الصفة التي حلف عليها.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٤٠٦.

مسألة: فإذا حلف المرتهن على الصفة التي أقر بها، قومها أهل المعرفة، فرمما قوموها بأكثر مما أقر به من القيمة، فإن كانت تلك القيمة أكثر من الدين، وذلك على وجهين، أن يكون ما أقر به من قيمتها أو الأكثر من قدر الدين زعم أولاً أن قيمتها أقل من قدر الدين، أو بمثل قدر الدين، لكنه وصفها بعد ذلك بصفة قومت بأكثر من الدين، فهذا يقطع دينه مما لزمه من القيمة.

وقيل: له رد الفضل على الراهن، وإن كانت القيمة أقل من الدين، كان على الراهن أن يوفى بقية الدين، وإن كانت القيمة بقدر الدين، فقد قال: إن الرهن بما فيه، يريد أن هذا من المواضع التي قال فيها من تقدم: الرهن بما فيه، أو أنه يصح أن يحمل قولهم ذلك على هذه المسألة وما أشبهها.

ولو أقر أولاً بقيمة الرهن، فلما خالفه في ذلك الرهن، وصفه بصفة قومت بأقل من القيمة التي أقر بها أولاً، فإن عندي أنه تلزمه القيمة الأولى التي أقر بها، ويحمل ما وصفنا به الرهن مما قصر عن تلك القيمة جحد البعض القيمة بعد الإقرار بها، والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي الرَّهْنِ يَرَهُنُهُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَيَقُولُ الرَّاهِنُ: أَرَهَنْتُكَ بِعَشْرَةِ دَنَانِيرَ، وَيَقُولُ الْمُرْتَهِنُ: ارْتَهَنْتُهُ مِنْكَ بِعِشْرِينَ دِينَارًا، وَالرَّهْنُ ظَاهِرٌ بِيَدِ الْمُرْتَهِنِ، قَالَ: يُحْلَفُ الْمُرْتَهِنُ حَتَّى يُحِيطَ بِقِيَمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَا زِيَادَةَ فِيهِ وَلَا نَقْصَانَ عَمَّا حُلِّفَ أَنْ لَهُ فِيهِ، أَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ، وَكَانَ أَوْلَى بِالتَّبَدُّلِ بِالْيَمِينِ لِقَبْضِهِ الرَّهْنَ وَحِيَازَتِهِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الرَّهْنِ أَنْ يُعْطِيَهُ حَقَّهُ الَّذِي حُلِّفَ عَلَيْهِ، وَيَأْخُذَ رَهْنَهُ. قَالَ: وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ أَقْلًا مِنَ الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى، أُحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى الْعِشْرِينَ الَّتِي سَمَّى، ثُمَّ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ: إِمَّا أَنْ تُعْطِيَهُ الَّذِي حُلِّفَ عَلَيْهِ، وَتَأْخُذَ رَهْنَكَ، وَإِمَّا أَنْ تَحْلِفَ عَلَى الَّذِي قُلْتَ أَنَّكَ رَهَنْتَهُ بِهِ، وَيَبْطُلُ عَنْكَ مَا زَادَ الْمُرْتَهِنُ عَلَى قِيَمَةِ الرَّهْنِ، فَإِنْ حَلَفَ الرَّاهِنُ بَطُلَ ذَلِكَ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ، لَزِمَهُ غَرْمُ مَا حُلِّفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال أنهما إذا اختلفا في قدر الدين، فقال الراهن: عشرة، وقال المرتهن: عشرون، والرهن قائم بيد المرتهن، يحلف حتى يحيط بقيمة الرهن، قال: وكان مبدأ باليمين لقبضه الرهن، وحيازته له.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١١٦/٢٢.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وسواء عندى كان بيده أو وضع له على يد عدل؛ لأن يد العدل حائزة للمرتهن. وقد قال ابن المواز: يبدأ المرتهن باليمين؛ لأن الرهن شاهد له، فإن كانت قيمة الرهن عشرين ديناراً، فهو للمرتهن، إلا أن يشاء الراهن أن يعطيه ما حلف عليه، ويأخذ رهنه على ما ذكر مالك فى الأصل.

فصل: «وإن كانت قيمة الرهن أقل من العشرين التى سماها، أحلف المرتهن على العشرين التى سمى» يريد أنه إن كانت قيمة الرهن خمسة عشر، فله أن يحلف على العشرين التى ادعى. قال ابن المواز: ولو قال المرتهن: لا أحلف إلا على قيمة الرهن؛ لكان له ذلك.

وحكى عبدالحق عن بعض شيوخه القرويين، أنه إنما يحلف المرتهن على خمسة عشر كما لو ادعى عشرين، وشهد له شاهد بخمسة عشر، فإنه إنما يحلف على الخمسة عشر التى شهد له بها شاهده دون العشرين التى ادّعاها.

وهذا الذى قاله يخالف لنص المذهب على ما ثبت فى الأصل من قول مالك، رحمه الله، ولا أعلم فيه خلافاً بين أصحابنا، إلا ما قاله ابن المواز: أن المرتهن مخير بين أن يحلف على العشرين أو على الخمسة عشر.

والفرق بين الرهن والشاهد، أن الرهن متعلق بجميع الدين، والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد به، ألا ترى أن الراهن لو أقر بالعشرين، فإن الرهن يكون رهناً بجميعها، ولا يختص بقدر قيمتها منها، ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر التى شهد بها، فجاز أن يقال أنه يحلف مع الشاهد على خمسة عشر، ويحلف مع الرهن على العشرين التى ادعى.

فرع: فإذا قلنا بالتخيير، فحالف المرتهن على العشرين قيل للراهن: إما أن تحلف، وتسقط عن نفسك الخمسة الزائدة على قيمة الرهن، وإما أن تنكل، فيدفع إليه ما حلف عليه.

وإن حلف المرتهن أولاً على خمسة عشر، فقد قال ابن المواز: يحلف الراهن؛ ليسقط عن نفسه بقية دعوى المرتهن، وهى ما زاد على قيمة الرهن، فإن نكل الراهن، لم يقض للمرتهن بالزيادة على قيمة الرهن لما تقدم من نكوله.

ووجه ذلك أن اليمين وجبت فى الخمسة الزائدة على قيمة الرهن أولاً على الراهن، وكان للمرتهن أن يضيف اليمين فيهما إلى يمينه التى له أن يحلف بها فى الخمسة عشر التى شهد له بها الرهن.

فإن امتنع من ذلك، وحلف على الخمسة عشر، فلا معنى ليمين الراهن؛ لأن المرتهن قد استحق جميعها بيمينه، وشهادة قيمة الرهن، ولو نكل المرتهن على اليمين جملة، حلف الراهن على أن جميع حقه عشرة، فيكون يمينه في الخمسة التي شهد بها الرهن مردودة عليه؛ لأنها كانت للمرتهن ابتداءً بشهادة قيمة الرهن، فلما نكل عنها، ردت على الراهن، وتكون يمينه في الخمسة الأخرى يميناً غير مردودة، لأنها عليه ابتداءً بمجرد دعوى المرتهن، فإن حلف سقطت عنه العشرة بالوجهين المذكورين، وإن نكل لزمته الخمسة التي ردت عليه فيها اليمين؛ لأن هذا حكم كل من نكل عن يمين، ردت عليه.

وأما الخمسة الأخرى، فإن قلنا إن امتناع المرتهن أولاً من أن يحلف عليها، نكول مؤثر؛ لأنه لا ترتيب بين نكول المدعى ويمين المدعى عليه أو نكوله، فقد سقطت عن الراهن، لوجود نكول المرتهن عن اليمين التي حكمها أن ترد عليه.

وإن قلنا إنه غير مؤثر، وليس له حكم النكول، إلا بعد نكول الراهن لما يلزم بينهما من الترتيب، فإن له أن يحل، فيستحقها، أو ينكل، فتبطل دعواه بها، وباللغة التوفيق.

**مسألة:** وإن كانت قيمة الرهن خمسة عشر ديناراً، فقد روى يحيى عن ابن القاسم إن قال الراهن: أنا أدفع إليك خمسة عشر، وأخذ رهني، فليس ذلك له إلا أن يدفع عشرين ديناراً. قال ابن نافع: إذا دفع الراهن إلى المرتهن قيمة الرهن، كان الأولى به. قال الشيخ أبو محمد في نوادره: وهو تفسير قول مالك في الموطأ.

وجه قول ابن القاسم أن حق المرتهن قد تعلق بجميع قيمة الرهن على نحو ما حلف عليه؛ لأن يمينه لما تعلق بالعشرين، ولم يكن لها محل من ذمة الراهن، كان محلها الرهن يدل على ذلك، أنها لو زادت قيمة الرهن بعد اليمين، وقبل البيع، كان ذلك كله للمرتهن، فاقتضى ذلك أن يكون أحق بالعين حتى يعطى ما استوجب بيمينه، وذلك العشرون ديناراً.

وجه قول ابن نافع أن الحق إنما تعلق بقيمة الرهن دون عينه؛ لأن القيمة من جنس حقه دون عين الرهن، فإذا أعطاه الراهن القيمة التي هي من جنس حقه كان له أخذ رهنه.

وفي كتاب ابن عبدوس: إن شاء الراهن أن يعطى ما قال المرتهن، وإلا بعث الرهن ودفعت إليه من ثمنه ما ذكر.

**مسألة:** ومتى تراعى قيمة الرهن. قال ابن نافع في النوادر: إن كان الرهن قائماً،

كتاب الأفضية ..... ٢٨١

فقيمته يوم الحكم، وإن هلك، فقيمته يوم قبضه، ورواه عيسى عن ابن القاسم فى المدونة. وفى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: أن الرهن يضمن بقيمته يوم الضياع، وقال فى موضع آخر: يوم الرهن. فعلى قولنا باعتبار تضمين قيمته يوم الضياع، يجب أن يعتبر بتلك القيمة فى مبلغ الدين، والله اعلم.

وجه قول ابن نافع أن الرهن إذا وجد بعينه شهد بقدر الدين لوجوده يوم الحكم، وإذا عدم ضمن بقيمته، فكانت القيمة فى ذلك تقوم مقام العين عند وجودها.

فرع: وهذا إذا كان مما يضمنه المرتهن لكونه مما يغاب عليه، فإن كان مما لا يضمنه المرتهن، إما لأنه مما لا يغاب عليه أو لأنه وضع على يد أمين، أو قامت بضياعه بينة، فقد قال ابن المواز: القول قول المرتهن ما كان الرهن قائماً. وقال أصبغ فى العتبية فى الرهن يكون على يد أمين، ثم يختلف الراهن والمرتهن فى قدر الدين: القول قول الراهن مع يمينه؛ لأنه لم يضع الرهن فى يد المرتهن.

وجه قول ابن المواز أنه رهن باق على حكم الرهن يستوفى منه المرتهن حقه، فكان شاهداً بقدر الدين كالذى يضمن باليد.

وجه قول أصبغ ما احتج به من أنه غير مسلم إليه، ولا مؤتمن عليه، فلم يشهد لدينه، وهذا التعليل لا يمنع شهادة ما لا يغاب عليه مع بقاءه وتسليمه إلى المرتهن.

وإن عللنا بأن ما لا يضمن من الرهون، ولا يشهد بقيمته عند ضياعه بقدر الدين، فإن عينه لا تشهد به مع بقاءه كالوديعة.

فرع: فإن تلف ما لا يغاب عليه، أو قامت بينة بضياع ما يغاب عليه، ففى العتبية من رواية يحيى بن يحيى وأبى زيد عن ابن القاسم: ليس على الراهن إلا ما أقر به من قليل أو كثير مع يمينه، ولا يعتبر بقيمة الرهن. وجه ذلك أن الرهن قد بطل وحل منه الرهن، فأشبهه المدائنة دون رهن.

فصل: وقوله: «ثم يقال للراهن إما أن تعطيه العشرين التى حلف عليها، وتأخذ رهنك، وإما أن تحلف على الذى زعمت أنك رهنته به، وبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن» قال ابن المواز: إن كان الرهن يساوى ما قال المرتهن أو أكثر، لم تكن اليمين إلا عليه وحده.

وإن كان لا يساوى إلا ما قال الراهن فأقل، لم يحلف إلا الراهن وحده؛ لأن يمين

٢٨٢ ..... كتاب الأفضية

المرتهن لا تنفعه، وإن كانت قيمته أكثر مما أقر به الراهن أو أقل مما ادّعاه المرتهن، فهاهنا يحلفان، ويبدأ المرتهن باليمين؛ لأن الرهن شاهد له على قدر قيمته من الدين.

مسألة: ولو اختلفا في الدين، فقال الراهن: هو بمائة أردب حنطة، وقال المرتهن: إنما ارتهنه بمائة دينار، وقيمة الرهن مائة دينار، قال أصبغ في العتبية: إن كان قيمة المائة التي أقر بها الراهن أكثر من قيمة مائة دينار، فالراهن مصدق، ويؤخذ منه، فتباع بها الحنطة، فيوفى، وإن كانت أقل، فالمرتهن مصدق كما صدقه في كثرة النوع.

فصل: وقوله: «ثم يقال للراهن إما أن تعطيه الذي حلف عليه، وأما أن تأخذ رهنك، وإما أن تحلف على الذي قلت، ويطل عنك ما زاد على قيمة الرهن» يريد أن يمينه تسقط عنه ذلك، فإنه إن نكل، لزمه جميع ما حلف عيله المرتهن، وإن كان أضغاف قيمة الرهن، ولو نكل المرتهن، فقد قال ابن المواز: يحلف الراهن، ولا يغرم إلا ما حلف عليه.

وجه ذلك أن يكون المرتهن مضعفاً لدعواه، وما شهد له به الراهن وغيره، فلما حلف الراهن، لم يجب عليه غير ما أقر به.

فصل: وقوله: «وإن لم يحلف الراهن غرم ما حلف عليه المرتهن» واضح في أن المرتهن إنما يحلف أولاً على جميع الحق، ولذلك إذا نكل، ولم ترد عليه اليمين بنكول الراهن عنها، وقد جعل هذا القائل من حجته ما قاله أن اليمين ترد عليه كأنه أمر قد سلم له، قال: ومن عيب هذا القول أنه لو حلف على عشرين، فوجب له أخذ خمسة عشر، ويمين المطلوب على الخمسة الزائدة، فنكل المطلوب، أليس ترد اليمين على الراهن، فيصير يحلف مرتين.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وعندى أن المسألة تحتل قولين، فإن قلنا إن يمين المرتهن أولاً، قدمت على موضعها؛ ليسلم من تكرير اليمين عليه، فيستحق بها وبنكول الراهن بعدها ما زاد على قيمة الرهن؛ لأنه حق اجتمع فيه يمين المدعى ونكول المدعى عليه، فوجب أن يقضى به كما لو تقدم نكول المدعى عليه.

وإن قلنا إن تلك اليمين فيما زاد على قيمة الرهن، ليست لاستحقاق تلك الزيادة، وإنما ليحق المرتهن بها دعواه دون أن يلزمه أو يقتضى منه، فإن نكول الراهن عن اليمين فيما يدعى عليه المرتهن، يقتضى ردّ اليمين على المدعى، وهو المرتهن، فيحلف، ويستحق، بمنزلة ما لو شهد بخمسة عشر ديناراً، وهو يدعى عشرين، فحلف



مع العشرين مع شاهده بخمسة عشر، فإن المدعى عليه يحلف على نفى الخمسة، فإن نكل ردت اليمين على المدعى، فيحلف في الخمسة يمينا ثانية يستحقها بها.

فرع: وإذا نكل المرتهن أولاً، ثم نكل الراهن، فقد قال ابن القاسم: حكمهما إذا نكلا مثل حكمهما إذا حلفا، لا يلزم الراهن إلا قيمة الرهن. قال: ولا ألزم الراهن إذا نكل غرم ما ادّعه المرتهن أولاً؛ لأنه لم يلزم غرم ما زاد على قيمة الرهن حتى ترد اليمين على مدعيها، فلما تقدم نكوله عنها، لم يكن له منها شيء، ويتخرج من هذا صحة ما تقدم في نكول المدعى قبل نكول المدعى عليه أو يمينه على قول ابن المواز، ولا يبعد هذا.

وقد تقدم في القول الأول من نكول المرتهن ويمين الراهن، فلا يكون على هذا القول بين نكول المدعى ونكول المدعى عليه أو يمينه ترتيب.

وعلى القول الثاني يكون بينهما ترتيب، ولهذا تأثير في مسائل كثيرة، وأما إذا تلف الرهن بعد نكول المرتهن، فإنه لا يلزمه إلا ما أقر به من الدين، والله أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ وَتَنَكَلَا الْحَقُّ، فَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ: كَانَتْ لِي فِيهِ عِشْرُونَ دِينَارًا، وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ: لَمْ يَكُنْ لَكَ فِيهِ إِلَّا عَشْرَةُ دَنَانِيرَ، وَقَالَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ: قِيمَةُ الرَّهْنِ عَشْرَةُ دَنَانِيرَ، وَقَالَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ: قِيمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا، قِيلَ لِلَّذِي لَهُ الْحَقُّ صِفْهُ، فَإِذَا وَصَفَهُ، أُحْلِفَ عَلَى صِفَتِهِ، ثُمَّ أَقَامَ تِلْكَ الصِّفَةَ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ بِهَا، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى، ثُمَّ يُعْطَى الرَّاهِنُ مَا فَضَلَ مِنْ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِمَّا يَدَّعَى فِيهِ الْمُرْتَهِنُ، أُحْلِفَ عَلَى الَّذِي زَعَمَ أَنَّهُ لَهُ فِيهِ، ثُمَّ قَاصَهُ بِمَا بَلَغَ الرَّهْنُ، ثُمَّ أُحْلِفَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ عَلَى الْفَضْلِ الَّذِي بَقِيَ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَعْدَ مَبْلَغِ ثَمَنِ الرَّهْنِ، وَذَلِكَ أَنَّ الَّذِي يَبِيدُ الرَّهْنُ، صَارَ مُدَّعِيًا عَلَى الرَّاهِنِ، فَإِنْ حَلَفَ بَطْلَ عَنْهُ بَقِيَّةُ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْمُرْتَهِنُ مِمَّا ادَّعَى فَوْقَ قِيمَةِ الرَّهْنِ، وَإِنْ نَكَلَ، لَزِمَهُ مَا بَقِيَ مِنْ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ قِيمَةِ الرَّهْنِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن المتراهنين إذا تناكلا، وقد ضاع الراهن وكان

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١١٩/٢٢.

مما يغاب عليه، فقال المرتهن: قيمة الرهن عشرة دنانير، ودينى فيه عشرون ديناراً، وقال الراهن: قيمة الرهن عشرون ديناراً، ودينك فيه عشرة دنانير، فإنه يقال للمرتهن صفه؛ لأنه الغارم، فإذا وصفه حلف على تلك الصفة إذا كانت أدون من الذى ادّعاها الراهن، ثم قوم أهل المعرفة تلك الصفة التى حلف عليهما المرتهن، ثم إن كانت تلك القيمة أكثر من العشرين التى ادّعاها المرتهن من الدين، أحلف على ما ادّعى، ثم يعطى الراهن ما فضل من قيمة الرهن عن دينه الذى حلف عليه، وهذا قول مالك وأكثر أصحابه.

وذلك أن ما ثبت من قيمة الرهن بإقرار المرتهن وبمينه بمنزلة ما ثبت من ذلك باتفاقهما عليه، فكانا سواء فى الشهادة بقدر الدين.

ووجه ذلك أنه متفق عليه، وإنما أحلف المرتهن؛ ليسقط عنه ما ادّعه من قيمة الرهن زائداً على ما أقر به، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وإن كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن، أحلف على الذى يدعيه، ثم قاصوه بذلك من قيمة الرهن» يريد إذا كان الدين من جنس قيمة الرهن، وإذا كان الرهن لا يعلم ضياعه إلا بقول المرتهن، وكان أصل الدين من سلم روى فى ذلك أن يكون الرهن يجوز أخذه من رأس مال المسلم، ويجوز أخذه من المسلم فيه.

فإن كان الأمران جائزين، صحت المقاصة، وإن امتنع أحدهما، امتنعت المقاصة، مثال ذلك أن يكون الرهن دنانير، ورأس مال المسلم دراهم، فلا تجوز المقاصة؛ لأن ما أظهره من السلم ملغى، ومآل أمرهما إلى سلم دراهم فى دنانير، فإن كان الرهن ورأس مال السلم دنانير من جنس واحد، وكان الرهن أكثر، لم تجوز المقاصة؛ لأن مآل أمرهما إلى سلم دنانير فى أكثر منها، وإن كانت دنانير الرهن مثل دنانير رأس مال السلم أو أقل، صحت المقاصة لتبعد التهمة.

فروع: ولو كان الرهن عرضاً من جنس ما سلم فيه، قل أو كثر، أجود أو أردأ، لم تجز المقاصة قبل الأجل لما يدخله من «ضع وتعجل» أو الزيادة لحط الضمان، وإن كان مثله عدداً وجودة، ولا بأس بذلك عند حلول الأجل، وإن كان الرهن عرضاً من جنس رأس المال، لم يجز أفضل جودة ولا عدداً، ولا أقل جودة وعدداً، وإن حل الأجل، وإن كان مثله، فلا بأس بذلك.

فروع: وإن كان رأس المال عرضاً، والرهن عرضاً من غير جنسه، فقد قال ابن

ميسر: يجوز أن يتقاصا بعد المعرفة بقيمة الرهن، وهذا أصل متنازع فيه، وهل يراعى فى ذلك قيمة الرهن إن كان رأس المال عيناً؟ قال أحمد بن ميسر: إن كانت قيمته أكثر من رأس مال السلم، لم يجوز، ويجوز إن كانت مثله فأقل.

ووجه ذلك أن القيمة عين من جنس برأس مال السلم، فيدخله التفاضل بينهما، وقد أنكر هذا غيره من أصحابنا؛ لأنه إن كان الرهن باقياً، فلا خلاف فى جواز سلف عشرة دنانير فيه، وإن كانت عينه قد تلفت، ولزمته القيمة، بعدت التهمة بل استحالت.

فصل: وقوله: «ثم أحلف الذى عليه الدين عن قيمة الرهن؛ لأن الذى بيده الرهن مدع فيما زاد على قيمة الرهن، فإذا حلف، سقط عنه ذلك، وإن نكل، لزمه مع قيمة الرهن» لأنه قد حلف المرتهن على إثبات ذلك لما لزمته اليمين فى إثبات ما يقابل من دينه قيمة الرهن، فأضيف إليها اليمين على ما ادّعه زيادة من الرهن على قيمة الرهن، وجعلت يميناً واحدة، لئلا يكون عليه اليمين فى حق واحد مع إمكان أفرادها، وجمعها لكنه لما لم يتقدم له ما يقوى دعواه فى الزيادة، لم يحكم له بها.

فإن حلف الراهن أسقط على نفسه هذه الزيادة، فإن نكل، قوى نكوله ما تقدم من يمين المرتهن بها، فحكم له بذلك، وتقدمت يمين المرتهن بهذه الزيادة على نكول الراهن لما قدمناه، والله أعلم.

فصل: وذكر فى هذه المسألة يمينين على المرتهن أحدهما على الصفة، والثانية على إثبات الدين، فيحتمل أن يريد أنهما يلزمانه منفصلين، وذلك أن اليمين الأولى تجب عليه قبل أن تجب الثانية، ولا يمكن النظر فى أسباب الثانية إلا بعد إنفاذ اليمين الأولى؛ لأن الأولى تجب لإثبات الصفات، ولا تجب الثانية بعد؛ لأنه قيمة الرهن إن كانت أقل مما أقر به الراهن، فلا معنى ليمين المرتهن؛ لأنه لا يجتلب بها منفعة، ولا يقضى له يمينه.

ولا ينظر فى القيمة التى هى سبب يمين المرتهن بقدر الدين إلا بعد ثبوت صفة الرهن يمين المرتهن الذى هو الغارم، فإذا ثبتت الصفات يمينه، قومت تلك الصفات، فإذا ثبتت قيمتها، وكانت أكثر مما أقر به الراهن، استحلف المرتهن، والله أعلم.

ويحتمل أن يريد بذلك ذكر ما يتناوله اليمين من المعنيين المذكورين، ولكنه لا يلزمه أن يفرقهما، بل له أن يجمعهما فى يمين واحدة، ولكنه يمكن أن تقوم الصفة التى يقر بها المرتهن.

فإذا علم أنها أقل من الدين، حلف المرتهن بمينا واحدة، ينفي بها من قيمة الرهن ما زاد على ما أقر به الراهن، وتقدمها لنكول الراهن فيما ادّعاه المرتهن من الدين زيادة على قيمة الرهن، وهذا معنى قول مالك وأكثر أصحابه عندي، والله أعلم.

\* \* \*

### القضاء في كراء الدابة والتعدي بها

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَسْتَكْرِى الدَّابَّةَ إِلَى الْمَكَانِ الْمُسَمَّى، ثُمَّ يَتَعَدَّى ذَلِكَ الْمَكَانَ، وَيَتَقَدَّمُ: إِنَّ رَبَّ الدَّابَّةِ يُخَيِّرُ، فَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ كِرَاءَ دَابَّتِهِ إِلَى الْمَكَانِ الَّذِي تُعَدَّى بِهَا إِلَيْهِ، أُعْطِيَ ذَلِكَ، وَيَقْبِضُ دَابَّتَهُ، وَلَهُ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ، وَإِنْ أَحَبَّ رَبُّ الدَّابَّةِ، فَلَهُ قِيمَةُ دَابَّتِهِ مِنَ الْمَكَانِ الَّذِي تُعَدَّى مِنْهُ الْمُسْتَكْرِى، وَلَهُ الْكِرَاءُ الْأَوَّلُ، إِنْ كَانَ اسْتَكْرَى الدَّابَّةَ الْبُدَاةَ، فَإِنْ كَانَ اسْتَكْرَاهَا ذَاهِبًا وَرَاجِعًا، ثُمَّ تَعَدَّى حِينَ بَلَغَ الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرَى إِلَيْهِ، فَإِنَّمَا لِرَبِّ الدَّابَّةِ نِصْفُ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ وَذَلِكَ أَنَّ الْكِرَاءَ نِصْفُهُ فِي الْبُدَاةِ، وَنِصْفُهُ فِي الرَّجْعَةِ، فَتَعَدَّى الْمُتَعَدَّى بِالدَّابَّةِ، وَلَمْ يَحِبْ عَلَيْهِ إِلَّا نِصْفُ الْكِرَاءِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ أَنَّ الدَّابَّةَ هَلَكَتْ حِينَ بَلَغَ بِهَا الْبَلَدَ الَّذِي اسْتَكْرَى إِلَيْهِ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمُسْتَكْرِى ضَمَانٌ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُكْرَى إِلَّا نِصْفُ الْكِرَاءِ. قَالَ: وَعَلَى ذَلِكَ أَمْرُ أَهْلِ التَّعَدَّى وَالْخِلَافِ لِمَا أَخَذُوا الدَّابَّةَ عَلَيْهِ (١).

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا مَنْ أَخَذَ مَالًا قِرَاضًا مِنْ صَاحِبِهِ، فَقَالَ لَهُ رَبُّ الْمَالِ: لَا تَشْتَرِ بِهِ حَيَوَانًا وَلَا سِلْعًا كَذَا وَكَذَا لِسِلْعٍ يُسَمِّيهَا، وَيَنْهَاهُ عَنْهَا، وَيَكْرَهُ أَنْ يَضَعَ مَالَهُ فِيهَا، فَيَشْتَرِيَ الَّذِي أَخَذَ الْمَالِ الَّذِي نَهَى عَنْهُ، يُرِيدُ بِذَلِكَ أَنْ يَضْمَنَ الْمَالُ، وَيَذْهَبَ بِرِبْحِ صَاحِبِهِ، فَإِذَا صَنَعَ ذَلِكَ، فَدَبَّ الْمَالُ بِالْخِيَارِ، إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِي السَّلْعَةِ عَلَى مَا شَرَطَا بَيْنَهُمَا مِنَ الرِّبْحِ فَعَلَّ، وَإِنْ أَحَبَّ، فَلَهُ رَأْسُ مَالِهِ ضَامِنًا عَلَى الَّذِي أَخَذَ الْمَالَ وَتَعَدَّى.

قَالَ: وَكَذَلِكَ أَيْضًا الرَّجُلُ يُضِيعُ مَعَهُ الرَّجُلُ بَضَاعَةً، فَيَأْمُرُهُ صَاحِبُ الْمَالِ أَنْ

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢١/٢٢.

يَشْتَرِي لَهُ سِلْعَةً بِاسْمِهَا، فَيُخَالِفُ، فَيَشْتَرِي بِبِضَاعَتِهِ غَيْرَ مَا أَمَرَهُ بِهِ، وَيَتَعَدَّى ذَلِكَ، فَإِنَّ صَاحِبَ الْبِضَاعَةِ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ، إِنْ أَحَبَّ أَنْ يَأْخُذَ مَا اشْتَرَى بِمَالِهِ أَخْذَهُ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَكُونَ الْمُبْضِيعُ مَعَهُ ضَامِنًا لِرَأْسِ مَالِهِ، فَذَلِكَ لَهُ.

الشرح: قوله: «فيمن يكتري الدابة إلى مكان مسمى، ثم يتعداه بالتقدم أمامه، فإن لرب الدابة أن يأخذ كراء دابته إلى الموضع الذي تعدى إليه مع الكراء الأول، ويأخذ دابته، وإن أحب كانت له قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المكتري، وله الكراء الأول» يريد أنه لما تعدى بالدابة، وزاد على المكان الذي اكتري إليه، ثبت له حكم التعدي ولحقه الضمان.

وذلك على قسمين، أحدهما: أن يرد الدابة المكتري على حالها. والثاني: أن يردها، وقد تغيرت، فإن ردها على حالها، فلا يخلو أن يكون أمسكها في تعديه إمساكاً يسيراً أو كثيراً، فإن كان إنما أمسكها يوماً أو أياماً يسيرة، ففي الموازية عن ابن القاسم اليوم وشبهه. قال: وقاله مالك في البريد والبريدين، وإن كان اكتراها بالأيام ثم أمسكها أياماً زائدة على أيام الكراء، فلا ضمان عليه، وإنما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الأول، قاله مالك وأكثر أصحابه.

ووجه ذلك أن الدابة لم يؤثر فيها التعدي في عين، ولا قيمة، ولا فوات أسواق، فلم يلزمه ضمانها، وعليه قيمة كرائها في الأيام الزائدة، رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة وغيرها.

مسألة: وأما إن حبسها الأيام الكثيرة، قال في المدونة: الشهر. وقال في الواضحة: مثل شهر ونحوه. وقال أصبغ في موضع آخر: أياماً كثيرة كحول، وهذا هو الأصل، فصاحبها مخير بين الكراء الأول، وكراء ما تعدى بحبسها فيه وبين الكراء الأول، وبضمنه قيمة دابته، قاله ابن حبيب في الواضحة، وقاله ابن القاسم في المدونة.

وجه ذلك أنه قد غصبه منافع الدابة دون الرقبة ومن منافعها بيعها في أسواقها، وقد فات فيها، فعليه قيمتها؛ لأن ذلك بمنزلة بيعها.

فرع: ومن قول مالك أنه غصبه رقبته، وحبسها شهراً، أو أشهراً، ثم ردها بعد ذلك، ولم تتغير، لم يكن لصاحب الدابة أن يلزمه قيمتها. والفرق بين الموضعين أنه لما غصبه رقبته، سقطت عنه منافعها؛ لضمانه رقبته، فإذا لم يغصبه رقبته واستخدمها جوراً وظلماً، لزمه الكراء فيما ركبها فيه واستخدمها، والله أعلم.

فرع: وأما الذى يجب عليه من كرائها، قال ابن القاسم فى المدونة: عليه كراؤها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل، وقد بسطنا القول فى هذا فى شرح المدونة، وقال غيره: إن كان معه فى مصر واحد يقدر على أخذها، فكأنه راض بذلك.

وإن كان فى غير مصره، فهو مخير بين أن يردّها وكراء المدة الأولى، وله فى باقى الأيام الأكثر من حساب ذلك اليوم أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل، وقد بسطنا القول على هذا فى شرح المدونة. وإن شاء أخذ كراء ذلك اليوم، وقيمتها يوم حبسها.

وجه قول ابن القاسم أن إمساكها لما كان بغير عقد كراء، لزمه كراء المثل فى مثل ما حبسها فيه كما لو تعدل باستخدامها من غير استتجار.

ووجه قول الغير أنه إذا كان الكراء الأول قد تغابن فيه، فالثانى لا يلزمه فيه غبن؛ لأنه لم يلتزمه، وإن كان الكراء الثانى بأكثر من قيمته، فالمتعدى قد رضى به حين استدام العمل بعده بغير إذن ربه، وينحو رواية ابن القاسم قال الشافعى فى كراء المثل.

وقال أبو حنيفة: لا كراء لصاحب الدابة. والدليل على صحة ما نقوله أنه قد غصب المنافع، فكان عليه ضمانها كالأعيان.

فصل: وقوله: «قله الكراء الأول، إن كان استكرى الدابة البداءة، وإن كان استكراها ذاهباً وراجعاً، ثم تعدى حين بلغ البلد الذى استكرى إليه الدابة من مصر إلى برقة، فلما بلغ برقة تعدى عليها، فإن صاحب الدابة له الكراء كله إلى برقة، ثم له بعد ذلك الخيار فى أخذ قيمة الدابة مع الكراء إلى برقة ذاهباً وراجعاً بعشرة دنائير، نصفها للبداءة ونصفها للعودة، ثم يكون الخيار فيما بعد ذلك» على ما تقدم، وإنما جعل له النصف فى البداءة والنصف فى العودة، بناء على أن قيمتها سواء لتساويهما فى المسافة، وهو الغالب من أحوال المسافة، ولو اختلفت قيمة الكراء عند الناس فى البداءة أو العودة للزم التقويم، والله أعلم.

مسألة: وإن ردها، وقد تغيرت، فلا يخلو أن تكون تغيرت تغيراً كثيراً، أو هلكت، فإن تغيرت تغيراً شديداً، ففى الواضحة عن مالك فيمن رد الدابة، ولم يمسكها إلا أياماً يسيرة، فلا شيء لرب الدابة غير كرائها فى تلك الأيام، وهو مخير بين كرائها، وبين قيمتها، وكذلك لو عطبت فى مدة التعدى، والله أعلم وأحكم.

والتعدى يكون فى حبسها بقدر من الكراء، ويكون فى أن يتعدى بها مكان

الكراء، ويكون فى أن يجعل عليها ما لم تكثر له، فأما التعدى بتجاوز من الكراء، فقد تقدم ذكره.

وأما التعدى بتجاوز مسافة الكراء، فمثل أن يكترى دابة للركوب من مصر إلى برقة، فيركبها إلى أفريقية، فهذا حكمه فى طول الإمساك وقربه، مثل ما تقدم فى الزيادة على زمن الكراء، إن ردها سالمة، فقد روى ابن حبيب عن مالك: أنه إذا لم يجاوز الأمد إلا باليسير الذى لا خيار لصاحبها فيه إذا سلمت، فليس لصاحبها إلا كراء ما زاد، ولو زاد كثيراً فيه الأيام التى تتغير فى مثلها سوقها من ربهها، إن ردها المتعدى سالمة على ما تقدم، وإن عطبت فى القليل أو الكثير، فهو ضامن لها.

فرع: ولو عدل عن طريقة الميل، فقد قال مالك: هو ضامن، وصاحب الدابة بالخيار بين قيمة الدابة، وبين كرائها، وكذلك قال محمد عن ابن القاسم عن مالك فى زيادة الميل والميلين، قال محمد: وقيل إنه ضامن، ولو زاد خطوة، وأما ما يعدل الناس إليه من الرحلة، فلا يضمن فيه.

ووجه ذلك أن هذا العدول معتاد؛ لأنه لا بد للناس من العدول عن الطريق للنزول لراحة وغذاء وغير ذلك، فليس هذا العدول بتعدى.

فرع: ولو لم يعطب البعير إلا بعد أن رجع إلى المسافة التى اكرى لها وخرج سالماً عن مسافة التعدى، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ وابن الماجشون أنه إن كان لم يجاوز المسافة إلا باليسير مما لا خيار فيه لصاحبها مع السلامة، فليس له إلا كراء الزيادة. وأما إن زاد زيادة كثيرة أياماً تتغير فيها أسواقها، فهو ضامن لها كما لو ماتت فى مسافة الزيادة.

وقال أبو القاسم: يضمنها، وإن كانت الزيادة يسيرة. وروى عن مالك، قال ابن حبيب: وهو عندنا غلط من الرواية؛ لأنه روى عن مالك فيمن تعدى فتسلف من ودعة عنده، ثم رد فيها ما تسلفه، ثم تلفت: أنه لا يضمن، فهذا مثله.

مسألة: وإنما كراء مسافة التعدى على قيمة كراء ما تعدى، وليس على قدر ما تكارى، قال مالك فى المدونة: ووجه ما قدمناه من أنه عمل بدابته بغير إذن ولا عقد، بقدر أجرة العمل، فلزمه كراء مثله. أصل ذلك إذا لم يتقدم بينهما عقد كراء.

مسألة: وأما التعدى فى الحمل فعلى وجهين، أحدهما: الزيادة فيه من جنسه. والثانى: حمل غير ذلك الجنس. فأما الزيادة فيه من جنسه، ففى المدونة فيمن اكرى

٢٩٠ ..... كتاب الأقضية

بعيراً ليحمل عليه عشرة أقفزة، فحمل عليه أحد عشر قفيزاً، فلا ضمان عليه في عطب البعير إذا كان القفيز يسيراً، لا تعطب منه الدابة.

وقال مالك فيمن اكرى دابة ليحمل عليها أرطالاً مسماة، فيحمل أكثر منها، فعطبت: إن كانت الزيادة يعطب من مثلها، فلصاحب الدابة الكراء وكراء الزيادة أو قيمة الدابة يوم التعدي دون الكراء، فخير في ذلك، وإن كان يعطب من مثل تلك الزيادة، فليس له إلا الكراء الأول، وكراء ما تعدي فيه. وقال سحنون: إن زاد في الحمل، ولو رطلاً واحداً، ضمن.

فرق: قال عبد الملك: والفرق بين هذا وبين الزيادة في المسافة، أن مجاوزة المسافة تعد كله، فلذلك ضمنها في قليله وكثيره، وزيادة الحمل إذا اجتمع فيه تعد وإذن، فإن كانت الزيادة يعطب من مثلها، ضمن، وإلا لم يضمن.

فرع: فإذا قلنا له كراء الزيادة إن شاء، ففي قول مالك: له أجر مثل القفيز الزائد ما بلغ إلا أن يكون مثل قفيز من العشرة التي اكرى عليها، يريد أنه ليس له القفيز الزائد من سعره ما أكرى العشرة الأقفزة؛ لجواز أن يكون أحدهما غبن صاحبه في عقد الكراء، وإنما له قيمة كراء مثله ما بلغت القيمة؛ لأنه لم يتقدم فيه عقد، ويحتمل أن يريد بذلك مراعاة أجره حمله زائداً على حمل الدابة؛ لأنه أضر من غيره، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما إن حمل غير الجنس الذي اتفق معه، فلا يخلو أن تكون مضرته كمضرة ما تكارى عليه أو أشد، فإن كانت مثل مضرته، فلا ضمان عليه.

وأصل ذلك أن الحمل لا يتعين عند مالك إلا بجنس المضرة، ولو اكرى رجل من حمال على حمل بعينه، كان له أن يبدله بمثله مما مضرته مثل مضرته، وليس له بدله بما هو أعظم ضرراً منه، فالمرأى في ذلك ما يضغط بثقله جابني الدابة ويضر بها، أو الجفاء وعظم الحمل الذي يجفو على الدابة ويضر بها من هذا الوجه.

فإن كان اكرى على حمل وحمل ما هو أضر منه مما ذكرناه، فعطبت الدابة، فهو ضامن، وإن كان مثله في المضرة، فقد قال مالك في المدونة، فيمن اكرى بعيراً لحمل خمسمائة رطل بر، فحمل عليه بوزنه ذهباً: لا ضمان عليه، إن لم يكن ذلك أضر بالبعير.

قال مالك: وله أن يكره من يحمل عليه مثل ذلك، وله أن يحمل عليه خلاف ما



كتاب الأفضية ..... ٢٩١

سمى، فيحمل القطن بوزن ما سمي من البر، ولا يحمل بوزنه ما هو أضر منه. ووجه ذلك ما تقدم.

مسألة: وهذا كله في الأحمال، وأما الراكب، فقد يختلف حاله باختلاف أخلاق الناس مع تساوى أجسامهم، فمنهم من فيه رفق، ومنهم من فيه عنف، وقد قال مالك: لا يعجبني أن يكرى الرجل دابة، فيحمل عليها غيره، فقد يكون الراكب أخف من المكترى، ولعله أخرج في الركوب.

قال ابن القاسم: فإن حمل عليها من هو في مثله في الثقل والحال والركوب، لم يضمن، ولم يكن مالك يقف على قوله هذا، وقوله المعروف الذى ثبت عليه: أن له أن يكرىها من مثله في حاله وخفته، فإن حمل عليها من هو أثقل منه أو غير مأمون، فهو ضامن.

والخلاف الذى أشار إليه إنما هو عندى فى ابتداء الكراء، فقد استثقل مالك لمن اكترى دابة لركوبه أن يكرىها من غيره، إلا أن يموت أو يقيم، فقد جوزة مالك أيضاً، ولم يختلف قوله فى الأحمال.

قال ابن حبيب: ومعنى ذلك فى الدابة معها صاحبها يتولى سوقها، والحمل عليها، والخط عنها، فأما إن كان يسلمها إلى المكترى، فله منعه من الكراء من غيره، لاختلاف سوق الناس، ورفقهم وحياطتهم، وتضييعهم لها.

مسألة: ولو أراد من اكترى شق محمل أن يعقب آخر، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: ليس للحمال منعه. قال أصبغ: إن أعقب راكباً مريئاً، فذلك، وإن أعقب ماشياً، فليس له ذلك؛ لأنه يكون أضر وأثقل، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «وكذلك من أخذ مالا قراضاً، فقال: إن رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطاً، أو يكون له رأس ماله، يضمنه المتعدى»، وذلك أنه لا يخلو أن يظهر على ذلك قبل أن يبيع ما اشترى أو بعده.

فإن ظهر على ذلك قبل البيع، فقد قال مالك فى الواضحة: يباع عليه ما نهى عن شرائه، فإن كان فيه فضل، فهو على القراض، وإن كان نقصان، ضمنه، وإن شاء رب المال، ضمنه جميع الثمن، وترك ذلك له، وإن شاء أمضى ذلك له على القراض.

فجعله فى هذه المسألة على هذه الراوية مخيراً بين ثلاثة أوجه، أحدها: أن يعجل بيع

٢٩٢ ..... كتاب الأقضية

السلعة، فيكون ربحها على القراض، وخسارتها على العامل المتعدى. والوجه الثاني: أن يعجل تضمينه إياها، ويأخذ منه المال الذى سلمه إليه. والوجه الثالث: أن يبقى ذلك على القراض.

وذكر فى أصل الموطأ وجهين، التضمنين، أو الإبقاء على حكم القراض الذى كانا عقداه، ويحتمل أن يكون الفرق بينهما إنما هو فى تعجيل البيع، وأنه كان له ذلك لما ظهر من تعدى العامل، ولو اشترى ما أمر به، لم يكن لرب المال عليه تعجيل بيعه.

فصل: وقوله: «إن رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطاً بينهما من الربح» يريد إن كانا شرطاً أن يكون بينهما الربح بنصفين، فهو على ذلك، وكذلك لو شرطاً الأقل لأحدهما والأكثر للآخر كالثلث والثلثين، أو غير ذلك من الأجزاء، فإن أحب صاحب المال أن يقر السلعة على القراض، فإنما يقرها على الأجزاء المتقدمة.

مسألة: وإن لم يعلم بذلك حتى باع السلعة، ففى الواضحة عن مالك: أن المال على القراض، فإن بيعت بنقص ضمنه، يريد أنه إن كان فى ذلك ربح، فهو على شرطهما فى القراض، وإن كانت فيه وضعية، ضمنه العامل المتعدى؛ لأنها لما بيعت بمثل العين الذى هو رأس مال القراض ظهر الربح فيه والوضعية، فلرب المال حصته من الربح؛ لأنه نماء ماله، وعلى العامل جميع الوضعية؛ لأنها بسبب تعديه.

مسألة: ولو نهاه عن العمل بالمال، وهو عين بعد، فعمل به، ففى كتاب محمد بن المواز وابن حبيب: أن الربح للعامل، والوضعية عليه، كالوديعة. زاد ابن حبيب: ما لم يقر أنه اشترى السلعة باسم القراض، فإن أقر بها، فالربح على شرط القراض، ولا يخرج ما لم يفوت بذلك غرضاً، فإن فوت غرضاً كان لصاحبه فيه.

فصل: وقوله: «وكذلك الرجل يبضع معه ليشتري سلعة مسماة، فيشتري غيرها، فإن لصاحب البضاعة أن يأخذ ما اشترى بماله أو يضمه إياه» ومعناه أن المبضع معه قد تعدى على البضاعة، ومنع صاحبها غرضه منها، وأراد أن ينفرد بالانتفاع بها دون صاحبه، فلا يخلو أن يعلم بتعديه قبل بيع ما اشترى به أو بعد ذلك.

فإن علم به قبل أن يبيعه، فإنه على ما قال: يخير رب البضاعة بين أن يأخذ السلعة التى ابتاع المبضع معه بماله، وبين أن يضمه ثمنها، وإن علم بذلك بعد ما باع المبضع معه السلعة، ففى المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك أن الربح للمبضع معه؛ لأنه قد ضمن البضاعة.

كتاب الأقضية ..... ٢٩٣

قال عيسى: أمرني ابن القاسم أن أضرب عليها، وأوقفها. والمشهور عن مالك أنه إن كان في ثمنها ربح، فهو لصاحب البضاعة، وإن كان نقص، فعلى المبيع معه.

وجه الرواية الأولى أنه أمره بشراء جنس مخصوص، فإذا فات ذلك بشرائه ما اشترى لنفسه، فلم يوجد من المبيع معه إلا الاستبداد بتلك المنفعة كالوديعة، وبهذا خالف العامل في القراض، فإن قصد رب المال، الربح، فلما خالفه العامل أراد الاستبداد بالربح، فلم يكن له ذلك، وكان لرب المال أن يشاركه فيه على حسب ما تقدم.

وجه الرواية الثانية أن رب البضاعة قد أمره بتصرفها في وجه مخصوص، فإذا تعدى على البضاعة، وأراد الانفراد بالانتفاع بها، لم يكن له ذلك كمال القراض، وبهذا يخالف الوديعة، فإن الوديعة لم يأمره بتصرفها له في معنى من المعاني، وإنما أمره بحفظها، وهذا الغرض لا يفوته بتصرفها فيما اشترى به لنفسه، فذلك لم يكن لرب الوديعة أخذ ما اشترى بها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن باع المبيع معه ما اشترى بالبضاعة، ثم ردها إلى مكانها أو اشترى بها ما أمره به، فتلغ، ففي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك: لا ضمان عليه إذا أقام البينة بردها. وقال عيسى عن ابن القاسم: ليس عليه بينة.

ومعنى ذلك أن يكون اشترى المبيع مع سلعة لنفسه بالبضاعة ما باعه في الموضع الذي أمر بالشراء فيه، وعلى الوجه الذي أمر به، فلم يفت الشراء، فكان لهذه البضاعة حكم الوديعة، وإنما يتعلق الضمان به؛ لأنه تسلفها وصيرها في ضمانه، فلما ردها قبل فوات ما أمر به، سقط عنه الضمان.

واختلف أصحابنا في حاجته إلى البينة في رد ذلك إلى حال الوديعة، وقد بينت ذلك في الوديعة بما يغني عن إعادته، وبالله التوفيق.

\* \* \*

### القضاء في المستكرهة من النساء

١٣٩٥ - مَالِكُ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ قَضَى فِي امْرَأَةٍ أَصِيبَتْ مُسْتَكْرَهَةً بِصَدَاقِهَا عَلَى مَنْ فَعَلَ ذَلِكَ بِهَا.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَغْتَصِبُ الْمَرْأَةَ بِكَرًا كَانَتْ أَوْ نَيْبًا، إِنَّهَا إِنْ كَانَتْ حُرَّةً، فَعَلَيْهِ صَدَاقُ مِثْلِهَا، وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً، فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهَا، وَالْعُقُوبَةُ فِي ذَلِكَ عَلَى الْمُغْتَصِبِ، وَلَا عُقُوبَةُ عَلَى الْمُغْتَصَبَةِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَإِنْ كَانَ الْمُغْتَصِبُ عَبْدًا، فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَنْ يُسَلِّمَهُ.

الشرح: المستكرهة لا يخلو أن تكون حرة أو أمة، فإن كانت حرة، فلها صداق مثلها على من استكرهها، وعليه الحد، وبهذا قال الشافعي، وهو مذهب الليث. وروى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه. وقال أبو حنيفة والثوري: عليه الحد دون الصداق.

والدليل على ما نقوله أن الحد والصداق حقان، أحدهما لله، والثاني للمخلوق، فجاز أن يجتمعا كالقطع في السرقة، وردّها. قال مالك: وسواء كانت حرة، مسلمة أو ذمية، أو صغيرة افتضاها.

مسألة: وأما إن افتضاها بإصبعه، ففي كتاب ابن المواز من رواية أبي زيد عن ابن القاسم، فيمن افتض بكرًا بإصبعه، وهي صغيرة أو كبيرة، أنها كالجائفة، وفي ذلك ثلث ديتها.

وقال محمد: وأحب ما فيه إلى أن ينظر إلى قدر ما نقصها ذلك عند الأزواج مثل أن يكون مهر مثلها بكرًا مائة، ومهر مثلها نيبًا خمسون، فيؤدى ما نقص ذلك. قال ابن حبيب عن أصبغ: لأنه جرح، وليس بوطء.

مسألة: وإن كان الذى افتضاها صبيًا، فافتض صغيرة بذكره أو إصبعه، قال ابن المواز: فيه فى قولنا الاجتهاد بعد رأى الإمام، ورأى أهل المعرفة، وقد حكم فيه عبد الملك بأربعين دينارًا.

وجه ذلك أنه جرح فى الوجهين؛ لأنه يشين ويزهد فى المرأة، وإن لم يشن الجسد، فلذلك صرف الأمر فيه إلى اجتهاد الإمام.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن النساء على ثلاثة أضرب، كبيرة، وصغيرة لا تميز، وصغيرة تميز. فأما الكبيرة، فهذا حكمها إن أكرهت، وأما إن أمكنت من نفسها، فعليها الحد، ولا شيء لها؛ لأنها أباحت ذلك من نفسها.

وأما الصغير التى تميز، ففي العتبية من رواية سحنون عن أشهب فى الصبية تمكن من

كتاب الأفضية ..... ٢٩٥

نفسها رجلاً، فيطوؤها، فإن كان مثلها يخذع، فلها الصداق، وإن كان مثلها لا يخذع، فلا صدق لها، وإن لم تحض.

مسألة: وماذا يثبت الإكراه إن أقامت بينة به، فهو أقوى ما فيه، وهذا ما لا خلاف فيه، ولا يثبت هذا إلا بشهادة أربعة شهداء؛ أنه زنا بها مكرهة، فهذا الذى يلزمه الصداق لها، ويجب عليه الحدّ بشهادتهم، ولو شهد شاهدان. قال ابن القاسم: أو دون أربعة؛ لحدوا بالقذف. قال أصبغ: لأنهما قطعاً عليه بالوطء.

مسألة: فإن لم يشهد عليه بذلك، ولكنه شهد عليه شاهدان بإقراره، أو أنهما رأياه أدخلها منزله غصباً، فغاب عليها، فقالت: أصابنى. فقد قال سحنون عن ابن القاسم: لها الصداق عليه مع يمينها، ورواه ابن المواز عن مالك، ولا حدّ عليها، ولا على الشاهدين.

ووجه ذلك قوة الأمر بالبينة تشهد باحتمالها مكرهة، والمغيب عليها، ثم ما بلغته من فضيحتها، فقوى ذلك دعواها، واستحقت ببيتها صداقها، والله أعلم.

فروع: فإن نظر إليها النساء، فألفينها بكرًا، ففى كتاب محمد، قال: أما أشهب، فلم ير لها شيئاً. قال أصبغ: وقد قيل لها ذلك، ولا يقبل قول النساء فى ذلك.

وجه قول أشهب أن شهادة النساء بالبكارة، تبطل ما ادّعته من إصابته إياها. ووجه القول الثانى أن النساء فيما فى أرحامهن مؤمنات، والحرائر لا ينظر إليهن، والله أعلم.

فصل: فإن لم يشهد لها بالإكراه، ولا باحتمالها، والمغيب عليها، ولكن جاءت متعلقة به، وهى تدمى إن كانت بكرًا أو لا تدمى إن كانت ثيبًا، وقد فضحت نفسها، ففى كتاب ابن المواز عن عبد الملك وغيره: لا تحدّ هى لما رمت به، ولم يفصل.

وفى ذلك ثلاث مسائل إحداها: أن لا تدمى، ويكون المقتوف صالحًا، فقد روى ابن وهب ابن القاسم عن مالك: عليها القذف قولاً واحداً. والثانية: أن تكون تدمى، فهذه فيها روايتان، روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك: تحدّ. وروى أصبغ عن مالك: لا حدّ عليها. والمسألة الثالثة: أن تدعى على رجل صالح، فهذا لا حدّ عليه، رواية واحدة، رواها ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون.

فوجه صرف الحد عنها أنها مضطرة إلى أن تخبر عن نفسها بما جنى عليها مخافة أن يظهر بها حمل، ولا يسقط ذلك عنها، إلا بالتعلق به أو بعينه، إن كان ممن يليق ذلك به،

٢٩٦ ..... كتاب الأفضية

فلما كانت مضطرة إلى صرف الرجم والجلد عن نفسها كانت كالرجل يقذف زوجته، ويسقط عنه الحد لما كان مضطراً إلى ذلك لحماية نسبة، وكان ما يأتي به من اللعان يقوى دعواه، ويصرف الحد عنه، وكذلك ما تبلغه المرأة من فضيحة نفسها يقوى دعواها، ويصرف الحد عنها.

ولها مع ذلك معنيان يقويان دعواها، أحدهما: التعلق به. والثاني: أن تكون دامية، فإن اجتمع لها ذلك، فقد أتت بأكثر مما يمكن أن تأتي به من جهتها في تقوية دعواها، فإن قام ذلك مع صلاح المدعى عليه، ثبت الخلاف المذكور عن مالك وأصحابه.

وجه إثبات الحد عليها أن صلاحه المشهور يشهد له، ولم يوجد من خلوه بها على وجه التعدى منه ما يشهد لها، وكل موضع تشهد فيه الخلوة بالوطء، فإنه لا تقوم مقامه الدعوى كخلوة الزوج بالزوجة.

ووجه القول الثانى ينفى الحد عنها ما يظهر بها من الدم الذى يدل على حدوث ما حل بها مع تعلقها به، وهذه معان ظاهرة فيما تدعيه من الظلم لها مع أن هذا غاية ما يمكنها، وضرورة صرفها إلى حد الزنا عنها إن ظهر بها حمل.

قال القاضى أبوالوليد، رضى الله عنه: وهذا عندى يجب أن يكون حكم الثيب التى لا تدمى؛ لأنها محتاجة إلى مثل ذلك فى صرف حد الزنا عنها بما تتوقعه من ظهور الحمل بها، والله أعلم وأحكم.

فرع: وإذا كان متهمًا، فإنه يعاقب ولا تحدى إذا كانت بكرًا تدمى، سواء كان معها أو لم يكن بحضرة ذلك أو بغير حضرته.

وجه ذلك أن ابتداءها بالتشكى مع ما يصدق من ظهور دمها يقوى دعواها.

مسألة: وليس عيلها حد الزنا لإقرارها بمجامعة الرجل لها، ولو ظهر بها بعد ذلك حمل؛ لأن ما بلغته من فضيحة نفسها بالاستغاثة، والتشكى مما جنى عليها شبهة فى إسقاط الحد عنها فى القذف، فبأن يسقط عنها فى حقوق البارى تعالى أولى.

مسألة: وليس على المدعى عليه إن حلفت، حد الزنا؛ لأن ذلك من حقوق البارى، فلا يثبت إلا ببينة، وعليه إن كان متهمًا، الأدب، رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون.

وكذلك إن لم يكن يعرف بسفه ولا حلم، قال ابن حبيب: إن كان متهمًا أدب أدبًا وجيعًا، كانت تدمى أو لا تدمى. قال عبد الملك: وإن كان ممن لا يليق ذلك به، فلا حد عليه، ولا أدب ولا عقاب.

كتاب الأقضية ..... ٢٩٧

مسألة: ولها صدق المثل عليه إن كان متهمًا أو لم يعرف حاله، قاله ابن الماجشون وأشهب. زاد ابن حبيب عن ابن الماجشون: وإن كان ممن لا يليق ذلك به، فلا صدق لها. وقال ابن المواز عن ابن القاسم: لا صدق لها، وإن كان من أهل الدعارة، إلا أن يشهد رجلان أنه احتملها، وخلا بها، فيكون لها الصدق، إذا حلفت.

وجه القول الأول أن وجوب الصدق متعلق بدعواها مع ما بلغت من فضيحة نفسها، وأما الخلو بها، فغير موجب لذلك؛ لأنه لو خلا بها، ولم تدع إصابة، لم يجب عليه صدق.

وجه قول ابن القاسم أنه لم يثبت ما يقوى دعواها، وإنما وجد منها مجرد الدعوى، فلا تستحق بذلك صدقًا كما لو ادّعت المرأة على الزوج الإصابة دون ثبوت الخلوة، فلا يجب لها صدق، ولو ادّعت مع ثبوت الخلوة لوجب لها الصدق.

مسألة: وهل يشترط يمينها في استحقاقها الصدق، أصحاب مالك يقولون: لا يجب لها الصدق إلا بيمينها. وروى ابن حبيب وابن المواز عن مالك: إذا أتت متعلقة به، فلها الصدق بلا يمين، سواء كانت بكرًا تدمى أو ثيبًا لا تدمى.

وجه القول الأول أن دعواها قوية بما قارنها، فلا تستحق بها شيئًا إلا بيمينها؛ لأنه لم يثبت شيء من دعواها.

وجه القول الثاني أن ما بلغت بنفسها لما أسقط عنها حد القذف وحد الزنى، أوجب لها الصدق كالبينة بما قارنها.

فصل: وقوله: «إن كانت حرة، فلها صدق مثلها، وإن كانت أمة، فعليه ما نقص من ثمنها» تقدم الكلام في الحرة، والكلام هاهنا في الأمة، وذلك إن من وطئ أمة غيره، فإن أكرهها، فلا خلاف في المذهب أن عليه ما نقصها بكرًا كانت أو ثيبًا، ويريد بالثمن في هذا الموضع القيمة.

وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك في الأمة الفارسة، تتعلق برجل، تدعى أنه غصبها نفسها، قال: الصدق عليه لما بلغت من فضيحة نفسها بغير يمين عليها، كانت بكرًا أو ثيبًا. قال: يريد في عدم ما نقصها في الحد. وقد اختلف في إلزامه نقص الأمة وصدق آخره بهذا.

مسألة: فإن طاعته الأمة، فقد قال ابن القاسم في المدونة: عليه ما نقصها. وقال غيره: لا شيء عليه.

وجه قول ابن القاسم أن الصداق حق للسيد، فلا يسقط بإباحة الأمة كما لو أباحت له قطع يدها.

ووجه قول الغير أنها محجور عليها في إباحتها الوطء، سقط المهر كالبكر.

**فصل:** وقوله: «والعقوبة في ذلك على المعتصب»<sup>(١)</sup>، ولا عقوبة على المعتصبة يريد على المعتصب إن ثبت ذلك عليه ببينة أو بإقرار المرأة على ما تقدم، ولا عقوبة على المعتصبة؛ لأن المرأة في الزنى لا حد عليها.

وأما المكره على أن يزنى، فقال مطرف وسحنون: لا يحمل له ذلك، وإن هدد بالقتل، فإن فعل حد. قال سحنون: لأنه لا ينتشر لذلك إلا بلذة، وأما المرأة، فلا حد عليها.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: والظاهر عندى خلاف هذا؛ لأنه قد يشتهى الإنسان الخمر، وأخذ مال غيره، ويمتنع منه لله تعالى، فإذا أكره عليه، لم يفعله لالتذاده به، وإنما يفعله للإكراه، ولا يملك الإنسان أن لا ينتشر، ولو ملكه وفعله باختياره لكان بمنزلة تجرعه الخمر، وغير ذلك مما يشتهيه، ويمتنع منه لله تعالى، فإذا أكره عليه كان له فعله، ولم يوجب الحد التذاده به، والله أعلم.

وقد يحتمل أن يستدل على ذلك بأن ما يوجب القتل من الأفعال على وجه الاختيار يوجبه مع الإكراه كقتل المسلم، ولا يلزمه على هذا الكفر؛ لأنه ليس بفعل وإنما هو إخبار عما في نفسه، فإذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان، فأكثر ما فيه أنه كذب، والله أعلم.

**فصل:** وقوله: «وإن كان المعتصب عبداً، فذلك على سيده إلا أن يشاء أن يسلمه» يريد أن العبد إن أكره حرة، فصداق الحرة وما نقص الأمة يغرمه السيد. ومعنى ذلك أن جنائته متعلقة برقبته؛ لأن سيده مخير بين أن يفتكه بالجنائية، بالغة ما بلغت، أو

(١) قال في الاستذكار ١٢٥/٢٢: قوله: والعقوبة في ذلك على المعتصب، قد رواه القعنبي كما رواه يحيى، ولم يرواه ابن بكير، ولا ابن القاسم، ولا مطرف. ورووا كلهم، ولا عقوبة في ذلك على المعتصبة إلا القعنبي فلم يروه. وقد أجمع العلماء على أن المستكره المعتصب الحد إن شهدت البينة عليه بما يوجب الحد، أو أقر بذلك، فإن لك يكن، فعليه العقوبة، ولا عقوبة عليها إذا صح أنه استكرهها وغلبها على نفسها، وذلك يعلم بصراحها واستغاثتها، وصياحها، وإن كانت بكراً فيما يظهر من دمها، ونحوها مما يفصح به أمرها، فإن لم يكن شيء من ذلك، وظهر بما حمل، وقالت: استكرهت، فقد اختلف العلماء في ذلك، ولا نعلم خلافاً بين العلماء أن المستكره لا حد عليها إذا صح استطراها بما ذكرنا وشبهه.



كتاب الأقضية ..... ٢٩٩

يسلمه، لا شيء عليه غير ذلك، فيكون ملكاً لمن جنى عليه وهذا إذا ثبت عليه ذلك بينة.

وقال مالك في كتاب ابن المواز: وما لزمه من صداق الحرية، ونقص الأمة، ففي رقبته، ويقبل إقرار العبد فيه بفور ما فعل ذلك، وهي متعلقة به تدمى، فأما ما فعل ذلك، وهي متعلقة به تدمى بعد من فعله، فلا يقبل قوله فيما يلحق برقبته.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: ووجه ذلك عندى أن كل موضع تستحق فيه الحرية الصداق يمينها، فإنها مستحقة في رقبة العبد، ولا تأثير لقول العبد عندى، وذلك أن إقرار العبد إنما يقبل فيما يتعلق من الحدود بجسده، فأما فيما يخرج عن ملك سيده إلى ملك غيره، فلا يقبل فيه قوله.

مسألة: وإن كان الواطئ ذمياً، ففي كتاب ابن المواز: إن أكرهها قتل كنقض العهد في الحصنات المسلمات، وقاله الليث. قال ابن المواز: وقد قتل أبو عبيدة ذمياً استكره مسلمة. وقد قال سحنون عن ابن القاسم في العتبية: إذا اغتصب النصراني حرة مسلمة، قتل. وروى عن ابن وهب: إن اغتصبها صلب.

وجه ذلك أن اغتصابه المسلمة وتغلبه عليها، نقض للعهد، وتغليظ لحق الله تعالى، فوجب عليه القتل.

فروع: وبماذا يثبت اغتصابه، قال سحنون عن ابن القاسم: بأربعة شهداء، وقد كان يقول: يثبت بشهادة رجلين، ثم رجع إلى هذا، وبه قال سحنون.

وجه اعتبار الأربعة ما احتج به سحنون من أن القتل لا يثبت إلا بالوطء، ولا يثبت الوطء إلا بأربعة.

وجه القول الثاني أن الاعتبار بالإكراه، ولذلك لو لم يكن الإكراه لم يجب القتل، والإكراه يثبت بشهادة رجلين.

مسألة: فإن طاعته، فقد قال مالك في الموازية: تحدى، وينكل هو، والنكال في هذا مثل ضعفى الحد وأكثر وقال ابن وهب: يجلد جلدًا يموت منه. وإن استكره أمة مسلمة، قال ابن المواز: لا يقتل؛ لأنه لو قتلها لم أقتله، وفيه اختلاف، وهذا أحب إلى لما جاء لا يقتل حر بعبد. وقال مالك: وعليه في الأمة ما نقصها في البكر والثيب، وهذا كله فيما يجب عليه بحق الإسلام، وأما ما يلزمه من الحد، ففي المدونة: يرد إلى أهل ذمته.

٣٠٠ ..... كتاب الأقضية

ووجه ذلك أنه إنما عقدت لهم الذمة؛ لتنفيذ بينهم أحكامهم وشرائعهم والله أعلم،  
وتقرر هذا في الحدود مستوعباً، وبالله التوفيق، لا رب غيره، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

\* \* \*

### القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ  
بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ أَنْ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ، لَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤْخَذَ بِمِثْلِهِ مِنْ  
الْحَيَوَانِ، وَلَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ صَاحِبُهُ فِيمَا اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ، وَلَكِنْ عَلَيْهِ  
قِيَمَتُهُ يَوْمَ اسْتَهْلَكَهُ الْقِيَمَةُ، أَعْدَلُ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من استهلك شيئاً من الحيوان أن عليه قيمته،  
وكذلك العروض، وكذلك كل ما ليس بمكيل، ولا موزون، ولا معدود، ومعنى قولنا:  
معدود، أن تستوى آحاد جملته في الصفة كالبيض والجوز كما يشتري حبوب القمح  
والشعير من المكيل وآحاد العنب الموزون.

وأما جملة الحيوان من الرقيق والخيل، وإن استوى عدداً، فإن آحاد جملته لا تستوى  
بل تتباين، ولذلك يجوز أن يشتري عدداً من جملة البيض، والجوز غير معين، ويكون  
للبيع تعيينها دون خيار يثبت لواحد منهما بشرط، ولا يجوز أن يكون له بالقسمة،  
والتعيين غير ذلك العدد.

وأما الرقيق والثياب، فلا يجوز أن يشتري منها عدداً من الجملة إلا بالتعيين أو شرط  
الخيار لواحد منهما أو بمعنى الجزء الشائع، فيحصل بالقسمة على القيمة ذلك العدد، أو  
أقل أو أكثر، ولا يعتد له في القسمة من جهة أعيانه، وإنما يعتد له من جهة قيمته،  
والمكيل والمعدود والموزون، إنما يقسم بما يعتبر به من كيل أو وزن أو عدد يتعلق بعينه  
دون قيمته، فعلى هذا كل ما ليس بمكيل، ولا موزون، ولا معدود، من استهلك شيئاً  
منه، فإنما عليه قيمته.

وقال أبو حنيفة والشافعي مثله، وقد روى ذلك عن مالك، والأول هو الصحيح  
المشهور عنه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٠٨.

كتاب الأقضية ..... ٣٠١

والدليل على ما نقوله ما احتج به بعض شيوخنا البغداديين، وهو ما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه، قيمة عدل إن كان له مال» (\*) .

ودليلنا من جهة المعنى أن القيمة أعدل؛ لأنها تستوعب جميع صفاته، ولا يكاد يجد مثل ما ألفت على جميع صفاته.

ودليلنا من جهة المعنى أيضاً أن ما لا يجوز الجزاف في عدد مبيعه، فإنه لا يجب بإتلافه المثل كاللدور، وقد احتج في ذلك من لم يعن النظر بحديث حميد عن أنس: «أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بقصعة فيها الطعام، فضربت بيدها التي هو في بيتها، فكسرت القصعة» (\*) .

وقد كان احتج به على بعض من يتعلق بذلك من أهل بلدنا، ثم رأيت غيره قد أدخله في تأليفه، فخفت أن يكون قد ذهب عليه وجه تأويله، فلذلك أوردته، وأوردت بعض ما كنت جاورت به عنه، وذلك أن البيت الذي كان فيه ﷺ بيته.

والظاهر أن ما فيه له لاسيما مما يستخدم ويستخدم، وكذلك البيت الذي وردت منه الهدية، فيحتمل أن تكون القصعتان للنبي لكنه أرسل القصعة الصحيحة إلى بيت التي أرسلت بقصعتها صحيحة، وأبقى المكسورة في بيت التي كسرتها تشعبها، وتنفع بها بدلاً من الصحيفة التي أخذت منها.

ولو سلمنا أن القصعتين للمرأتين لم يكن في ذلك حجة إذا اتفق الجاني، ولا يجنى عليه على الرضا بها، وإنما يجب ما قلناه من القيمة إذا أبيا ذلك أو أباه أحدهما، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ رأى ذلك سداداً في الأمر، فرضيته التي هو في بيتها، وانتقل إلى الأخرى، فرضيته، وليس في الأمر ما يدل على أن إحداهما أبت ذلك، فحكم به، فالحديث لا يتناول موضوع الخلاف، والله أعلم وأحكم.

---

(\*) أخرجه البخاري ٢٨٨/٣ كتاب العتق باب إذا أعتق عبداً، عن ابن عمر. مسلم ١٢٨٦/٣ كتاب الإيمان رقم ٤٧، عن ابن عمر. البيهقي في الكبرى ٩٦/٦، عن ابن عمر. البغوي في شرح السنة ٣٥٦/٩، عن ابن عمر.

(\*) أخرجه البخاري ٦٤/٧ كتاب النكاح باب الغيرة، عن أنس. أبو داود برقم ٣٥٦٧، ٢٩٥/٣ كتاب البيوع، عن أنس. النسائي ٧٠/٧ كتاب عشرة النساء باب الغيرة، عن أنس. ابن ماجه برقم ٢٣٣٤، ٧٨٢/٢ كتاب الأحكام، عن أنس. أحمد ١٠٥/٣، عن أنس. البيهقي في السنن الكبرى ٩٦/٦، عن أنس.

٣٠٢ ..... كتاب الأفضية

مسألة: إذا ثبت ذلك، فاستهلاك الحيوان والعروض علي ضربين، أحدهما: أن يستهلك الجملة: والثاني: أن يستهلك البعض. واستهلاك الكل على قسمين، أحدهما: أن يتقدم على الاستهلاك غصب، أو لا يتقدم عليه غصب، فإذا تقدم عليه غصب، فإن الضمان يتعلق بالغصب دون الاستهلاك؛ لأنه لو انفرد الغصب لضمن.

وقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة فيمن غصب عبداً، فمات من وقته من غير سبب، فإنه ضامن له بتعديده، وقاله ابن القاسم فيمن غصب داراً، فلم يسكنها حتى انهدمت أنه ضامن لقيمتها خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن ما لا يصح نقله كالأرضين والعقار، فإنه لا يضمن بالغصب.

والدليل على ما نقوله أن هذا معنى يضمن به ما ينقل ويحول، فضمن به ما لا ينقل، ولا يحول كالإتلاف والاستهلاك، وقاله أشهب، وإن هلك بأمر من الله سبحانه وتعالى. وجه ذلك أن الغصب تعد يضمن به الغاصب، فعليه أن يرد ما غصب، ويسلمه إلى صاحبه، فإن لم يفعل وفاته ذلك، فعليه بدله من مثل أو قيمة، إن كان مما لا مثل له.

مسألة: ومن غصب أم ولد رجل، فماتت عنده، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم: يضمن قيمتها على أنها أمة لا عتق فيها. وقال سحنون في المجموعة: لا يضمن، ويضمن ولد أم الولد.

وجه القول الأول أنها محبوسة بالرق، فضمنت بالغصب كالأمة، لأن ابنها له حكمها، وقد أجمعنا على أنه يضمن بالغصب، فكذلك الأمة.

وجه قول سحنون أن أم الولد لا يصح بيعها بوجه ولا تسلم في جناية، فلم يضمنها بالغصب كالخرة، وفرق بين أم الولد وبين ولدها أن أم الولد لا تسلم في الجناية، ولا تستخدم، وولدها يستخدم ويسلم في الجناية، فالغاصب له قد حبس منافعه، فلزمه ضمانه.

فصل: وإن أدرك المصوب منه عين ماله، فلا يخلو أن لا يدخله تغيير أو يدخله تغيير، فإن لم يدخله تغيير، فليس له إلا عين ماله، ولا يؤثر في ضمانه تغيير الأسواق بزيادة أو بنقصان، ولا طول مدة، وإن كانت سنين كثيرة، رواه في المجموعة ابن القاسم عن مالك، وأن تغيير الأسواق لا يؤثر في حيوان ولا غيره.

وجه ذلك أن حوالة الأسواق غير مؤثرة في عين ما غصبه الغاصب، فلا يؤثر في ضمانه.

كتاب الأقضية ..... ٣٠٣

مسألة: ومن غصب شيئاً من ذلك فى بلد، فوجدته صاحبه بغير ذلك البلد، ففى المجموعة من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك: أن له أن يأخذ العبيد والدواب حيث وجدهم، ليس له إلا ذلك.

وقال أشهب فى الحيوان والعروض: أن له أن يأخذه حيث وجدته أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه، وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

ووجه قول مالك أن هذا مما ينتقل غالباً بغير مؤنة على الناقل، فلا مضرة فى ذلك على الغاصب؛ لأنه لم يتموّن فى نقله إلا ما كان يتموّن فى مقامه، وكذلك صاحبه لا مضرة عليه فى رده، ولا مؤنته بخلاف العروض.

وجه قول أشهب أنه مغضوب نقل، فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض.

مسألة: وأما البز والعروض، فربه خير بين أخذه بعينه، أو قيمته حيث غصبه، وقاله أشهب. قال سحنون البز والرقيق سواء، إنما له أخذه حيث وجدته ما لم يتغير فى يديه.

وجه القول الأول أنه قد ينقصه نقله من بلد الغصب إلى غيره، وذلك بفعل الغاصب، فكان له مطالبته بالقيمة.

ووجه قول سحنون ما احتج به من أنه نقص لا تأثير له فى البدن، فلم يوجب الخيار للمغضوب منه كحوالة الأسواق.

فرع: فإن أخذه بغير بلاد الغصب، فلا كراء عليه، ولا نفقة ولا على الغاصب رده، قاله أصبغ ولأشهب نحوه. وقال المغيرة فى المجموعة، فيمن تعدى على خشب رجل، فحمله من عدن إلى جدة بمائة دينار، فإن كان متعدياً، فلرب السلعة أن يكلفه رده إلى عدن أو يأخذه حيث وجدته.

ووجه ذلك أنه وجد عين ماله على صفته، فلم يكن له إلا أخذه، ولما نقله عن مكانه الغاصب كان عليه رده كما لو نقله إلى مكان قريب.

مسألة: وأما تغير البدن، ففى كتاب ابن المواز عن ابن القاسم فى الأمة تتغير عند الغاصب تغيراً يسيراً أو كثيراً، فإن لصاحبها أن يأخذها أو يضمّن قيمتها. قال ابن القاسم: وهمم الجارية عند الغاصب، فوت. قال أشهب: سواء كان ما أصابها من الهرم كثيراً أو يسيراً، مثل انكسار اليدين ونحوه، فإن لصاحبها أن يضمّن القيمة إن شاء.

٣٠٤ ..... كتاب الأفضية

قال القاضي أبو محمد: وهذا إذا كان ما دخلها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل الغاصب، وليس للمغصوب إلا أخذها بغير أرش، أو يضمه قيمتها، وليس له أخذها وما نقص؛ لأن الغاصب لم يضمن ما حدث بانفراده، وإنما يضمه بضمن الجملة، وأما إن كان ما نقص بفعل الغاصب، فهل له أخذ الأرش، فيه خلاف.

قال ابن القاسم: له ذلك. وقال سحنون وابن المواز: ليس له ذلك، وإنما له أخذها ناقصة بغير أرش أو إسلامها، وأخذ قيمتها يوم الغصب.

وجه قول ابن القاسم أنها جناية على ملك غيره كالمبتدأة. ووجه القول الثاني أنه مضمون بالغصب، ولذلك لا يضمن بقيمته يوم الجناية، وإنما يضمن بقيمة يوم الغصب.

قال القاضي أبو الوليد، رضى الله عنه: وقد وجدت لسحنون أنه يضمن بقيمته يوم الجناية في العمد، والله أعلم.

مسألة: ومن اغتصب ودياً من النخل أو شجرة صغاراً، فغرسها في أرضه، فكبرت، ففي كتاب ابن المواز عن مالك: لربها أخذها، وكذلك الحيوان أو الرقيق يكبر. وقال سحنون: إنما يحكم بقلع النخل، إذا كان مما يعلق إن قلعت وغرست.

وجه ذلك أن هذه زيادة في الرقيق، فيقتضى أنه ليس له غير حيوانه ورقيقه كما لو سمت، وأما النخل والشجر، فعندى أن الغاصب إن كان قلعتها، وقد علقت، فإن له أن يأخذ شجره أو يضمه القيمة؛ لأنه ليس على ثقة أن تعلق إن قلعتها وغرسها، وإن كان إنما أخذها مقلوعة، فهو بمنزلة الحيوان لا خيار له، وإنما يجب له الخيار في موضع النقص.

وقد قال ابن القاسم وأشهب فيمن من غصب خمرًا، فخللها، فليس لصاحبها إلا أخذها. وقال أشهب: إلا أن يكون صاحبها ذميًا، فله أن يأخذها أو يضمه قيمتها خمرًا يوم الغصب.

وجه ذلك أنه إذا كانت الخمر لمسلم، فقد زادت بالتخلل، ولم تنقص في حقه، فلم يكن له إلا عين ماله، وإن كانت لذمي، فقد نقصت في حقه بالتخليل، فلذلك كان له الخيار، والله أعلم.

مسألة: وإذا غاب الغاصب عن الجارية، ولم يعلم أنه وطئها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: أن صاحبها بالخيار بين أن يأخذها أو يضمه قيمتها، قاله مالك وجميع أصحابه.

كتاب الأفضية ..... ٣٠٥

قال ابن حبيب: ولسنا نقول ذلك فى الرقيق المذكور، ولا فى الدواب، ومعنى ذلك أنه لا يؤمن على الغصب أن يصيبها، وذلك ينقص ثمنها. وقال أصبغ: إنما ذلك فى الجارية الرائعة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن القيمة الواجبة فى الغصب، هى قيمة السلعة يوم الغصب، سواء زادت بعد ذلك عند الغاضب أو نقصت، قاله مالك وأصحابه، وقد قال ابن القاسم وأشهب فى الموازية، فىمن غصب جارية صغيرة تساوى مائة، فلما كبرت وصارت قيمتها ألفاً ماتت، فإنه يضمن قيمتها يوم الغصب.

قال أشهب فىمن جرح عبداً قيمته مائة دينار فمات، وقيمه ألف، فإنه يضمن قيمته يوم الجرح، وهذا إذا ماتت بغير فعل الغاصب، فإنها إن ماتت بسببه مثل أن يقتلها، وقد زالت، فقد قال ابن القاسم وأشهب: لا يضمن إلا قيمتها يوم الغصب.

وقال سحنون فى المجموعة: القتل فعل ثان، وقال: إن له أخذه بالقيمة يوم القتل، ثم رجع إلى قول ابن القاسم وأشهب، قال ابن القاسم وأشهب: ولو باعها، وهى تساوى ألفين وخمسمائة، لم يكن له إلا قيمتها يوم الغصب.

مسألة: ولو فقا الغاصب عمداً أو خطأ عين الجارية أو قطع يدها، فليس لربها إلا قيمتها يوم الغصب أو يأخذها، ولا شيء له، وقاله ابن المواز. وقال ابن القاسم فى الموازية والمجموعة وغير موضع: له أن يأخذها وما نقصها.

قال الشيخ أبو محمد: يريد يوم الجناية. قال سحنون: وهذا خلاف ما قاله ابن القاسم فى القتل، أن عليه قيمتها يوم الغصب، فليأخذها ومثل قيمتها أو أكثر، فليأخذ فى اليد ما لا يأخذ فى النفس، وإنما له أخذها ناقصة فقط، أو قيمتها يوم الغصب، وقد تقدم فى القتل لسحنون مثل قول ابن القاسم فى قطع اليد ثم رجع عنه.

فصل: وأما إن عرا الاستهلاك والتعدى من الغصب، فإنما له القيمة يوم الاستهلاك، وقد قال مالك فى المجموعة فىمن تعدى، فوطئ أمة رجل، وقيمتها مائة، فحملت أو لم تحمل، ثم قام صاحبها، وقيمتها خمسون، فعليه قيمتها يوم الوطء، وهى فى ضمانه من يومئذ، وعليه فى الغصب قيمتها يوم الغصب، ولا ينظر إلى ما بعد ذلك.

وجه ذلك أن الغصب معنى تضمن به، فلا ينظر إلى ما حدث بعده. وأما التعدى فلم يتقدمه ما يوجب الضمان، فكان ذلك أول حالى الضمان، فكان الاعتبار به.

٣٠٦ ..... كتاب الأقضية

مسألة: وأما إن استهلك بعض العين أو أدخل عليها نقصاً، فلا يخلو أن يكون يسيراً أو كثيراً، فإن كان يسيراً، فإن لصاحبها أخذها، وقيمة ما نقصت الجناية منها.

قال ابن المواز: ولم يختلف في هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب: كانت جنايته خطأ أو عمداً، ويخالف ذلك الغاصب، فإنه يلزمه الضمان بالفساد اليسير؛ لتقدم الغصب الموجب للضمان.

وقد قال ابن المواز وأشهب عن ابن القاسم، فيمن كسر قصعة أو قمقمًا أو شق ثوباً أو كسر سرجاً، فإن في النقص الكثير قيمته، وفي اليسير ما نقصه. قال أشهب: بغير خياطة، ورواه عن مالك. وقال ابن القاسم: بعد رفوه.

ومعنى ذلك عندى ما يليق بالثوب من خياطته أو رفوه، وهذا عندى إذا كان اليسر لا ييطل المنفعة المقصودة من الحيوان، فإذا بطلت المنفعة المقصودة منه، لزم الجاني جميع قيمته.

وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الذى يقطع ذنب فرس، أو حمار فاره، أو بغل مما يركب مثله ذور الهيئات، فإنه يضمن جميع قيمته؛ لأنه أبطل الغرض فيه بخلاف العين والأذن، وهذه المسألة ذكرها القاضى أبو محمد وغيره من أصحابنا البغداديين، وسوى بين الأذن والذنب فى ذلك، وهو الأظهر خلافاً للشافعى، وأبى حنيفة فى قولهما: إنما فى ذلك ما بين القيمتين.

والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضى أبو محمد أنه أتلّف بهذه الجناية الغرض المقصود من هذه العين، فلزمه ضمانها كما لو أتلّف جميعها.

مسألة: ومن تعدى على شاه، فقل لبنها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن كان عظم ما يراد إليه اللبن، فعليه قيمتها إن شاء ربها، وإن لم تكن غزيرة اللبن، فإنما يضمن ما نقصها وأما البقرة والناقة، فإنما يضمن ما نقصها، وإن كانت غزيرة اللبن؛ لأن فيها منافع غير اللبن، وقاله أصبغ.

مسألة: ومن قطع يد عبد غيره أو فقاً عينه، قال أشهب فى المجموعة والموازية: إن عليه ما نقصه، فجعل قطع اليد أو فقء العين فى حيز اليسير.

وقال: وأما قطع اليد الواحدة فى البهائم، فيبطل جل منافعها أو جميعها أن عليه القيمة، وأما فقء العين وقطع الأذن أو الذنب أو كسرهما ينجر فيه، فإن عليه ما نقصها، وقاله مالك وعمر بن عبد العزيز وأبو الزناد.



كتاب الأفضية ..... ٣٠٧

وروى فى المجموعة أشهب عن ابن كنانة عن مالك فى قطع يد العبد وفقء العين أن ربه مخير بين أخذ ما نقصه أو يضمه قيمته، فجعله فى حيز الكثير.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فىمن قطع يد عبد، فإن كان صانعاً وعظم قدره لصنعتة، ضمنه، وإن لم يكن صانعاً، فقيمة ما نقصه، وإن كان تاجرًا نبيلًا وأما وفقء العين، ففيه ما نقصه، وإن كان صانعاً.

فصل: وأما إذا كان الفساد كثيرًا، فقد قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة والموازية فىمن كسر قصعة أو سرجًا أو قمقمًا أو شق ثوبًا أن فى النقص الكثير قيمته.

مسألة: ومن قطع يد عبد أو رجله أو فقأ عينه، فقد قال أشهب فى المجموعة والموازية: يلزمه قيمته، وقاله ابن كنانة عن مالك، وكذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، قال أشهب فى كتاب محمد: إلا أن يرى أنه بعد العمى وقطع اليدين لم تذهب أكثر منافعه.

وروى أشهب عن ابن كنانة عن مالك فىمن قطع يد عبد عمدًا، أو فقأ عينه عمدًا خیر ربه بين أخذ ما نقصه أو يضمه جميعه. قال أشهب: إذا أذهب قطع يده الواحدة أكثر منافعه، فليس لسيدته إلا قيمته.

وإن لم يذهب أكثر منافعه، فربه خیر كما قال مالك، فعلى هذا يتنوع الفساد عند مالك نوعين: يسير يجب به ما نقص، وليس له تضمينه، وكثير، اختلف قوله فيه، فمرة قال: ليس له إلا القيمة. وهو الذى روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، فىمن قطع رجله عبد أو يديه أو فقأ عينه، فقد لزمته قيمته كلها، وليس لسيدة أن يختار إمساكه، ويأخذ ما نقصه، وكذلك غير العبد من عرض أو غيره. ومرة قال: هو خیر بين أخذه، وما نقص أو أخذ قيمته.

قال ابن المواز: وإلى هذا رجع مالك فى الفساد الكثير ويتنوع الفساد عن أشهب إلى ثلاثة أنواع، أحدها: يسير ليس إلا ما نقص. والثانى: أن ينقص الكثير، ولا يذهب أكثر المنافع، فهذا يكون صاحب السلعة خیرًا على ما ذكر. وأما إذا أتلّف أكثر المنافع، فليس لصاحبه إلا القيمة.

وقد قال أشهب فى الثوب والعبد إذا كان له تضمينه القيمة بكثرة الفساد، فليس له أن يأخذه، ويأخذ ما نقصه، وإنما له أخذه بحاله ولا شىء له غيره، أو يلزمه قيمة جميعه، وكذلك ذابح الشاة فليس لصاحبها أن يأخذها لحما ويأخذ ما نقصها.

قال ابن المواز: وهو أحب إلى لما لزمته القيمة لم يكن له أن يأخذ القيمة من غير العين الذهب أو الورق، وليس له أن يأخذ سلعته وبعض القيمة، ولا يأخذ غير القيمة إلا باجتماع منهما على أمر جائز إلا أن يرضى صاحب السلعة أن يأخذها ناقصة دون شيء، فذلك له.

واحتج أشهب أنه كما ليس له أن يضمه في اليسير كذلك ليس له في الكثير أن يأخذ سلعته وما نقصه.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ اسْتَهْلَكَ شَيْئًا مِنَ الطَّعَامِ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ: فَإِنَّمَا يَرُدُّ عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلَ طَعَامِهِ بِمَكِيلَتِهِ مِنْ صِنْفِهِ، وَإِنَّمَا الطَّعَامُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، إِنَّمَا يَرُدُّ مِنَ الذَّهَبِ الذَّهَبَ، وَمِنَ الْفِضَّةِ الْفِضَّةَ، وَلَيْسَ الْحَيَوَانُ بِمَنْزِلَةِ الذَّهَبِ فِي ذَلِكَ فَفَرَّقَ بَيْنَ ذَلِكَ، السُّنَّةُ وَالْعَمَلُ الْمَعْمُولُ بِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من استهلك شيئاً من الطعام تعدياً، فإن عليه مثله في الكيل والصفة، وهذا إذا كان معلوم الكيل، وكذلك ما يوزن ويعد على ما قدمناه، فإن كان غير معلوم القدر، فإن عليه قيمته لحوز صبرته، ويكون عليه قيمتها؛ لأنه لو دفع إليه مثل ما حوز فيها لم يأمن أن يدفع إليه عن صبرته حنطة أكثر منها أو أقل، فيؤدى إلى التفاضل في الطعام.

فرع: وهذا قبل الحكم عليه بالقيمة، فأما إذا حكم عليه بالقيمة، فقد روى سحنون عن أشهب في العتبية فيمن غصب صبرة قمح، فأراد الغاصب أن يبالغ منها على كيل من القمح، فإن كان قد ألزم الغاصب القيمة بحكم أو صلح، فلا بأس أن يأخذ منه بتلك القيمة كيلاً من القمح.

وأما قبل ذلك، فلربها أن يقيم البينة أنها عشرون أردباً، ويأخذ ذلك إلا أن يصالحه من المكيل على ما لا شك فيه، يريد لا شك أنه أقل من حقه، قال: وكذلك من غصب خلخالاً فضة، ويلزمه قيمتها من الذهب.

مسألة: ومن خلط قمحاً لرجل بشعير لغيره، ضمن لكل واحد منهما مثل طعامه، قاله ابن القاسم وأشهب.

وجه ذلك أنه قد أتلف عين طعام كل واحد منهما، ومنعه الوصول إلى قبضه.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٢٩/٢٢.

فرع: فإن لم يكن للجاني مال بيع الطعام المخلوط، واشترى من ثمنه لكل واحد منهما مثل طعامه، قاله أشهب، قال: فإن فضل شيء فللجاني، وإن نقص شيء، فعليه إلا أن يشاء صاحبها الطعام أن يتركها طلب الجاني، ويأخذها الطعام، ويقسمانه بينهما.

وقد جوز ابن القاسم وأشهب واختلفا في صفة الاشتراك فيه، فقال ابن القاسم: يشتركان في الطعام المختلط أحدهما بقيمة قمحه، والآخر بقيمة شعيره.

وقال أشهب: لا يجوز أن يشتركا فيه إلا على السواء، إن كانت مكيلة طعامهما سواء، ولا يجوز على التفاضل فيه؛ لأن ذلك يؤدي إلى التفاضل بين القمح والشعير، قال سحنون: ليس لهما أن يتركا للغاصب، ويأخذوا الطعام المختلط على التساوي، ولا على القيمة.

مسألة: ولو خلط زيتاً بسمن أو سمن بقر بسمن غنم، يضمن ما ضاع منه، وما بقي، ولو خلط نوعاً واحداً كزيت بزيت أو سمناً بعسل أو بزيت أو سمناً بسمن، فضاع بعضه، ضمن ما ضاع، وما بقي، ولصاحبه ذلك أن يقتسماه بشطرين أو يدعاه، وما كان من جنسين كالسمن والعسل، لهما أن يصطلحا فيه على الثلث والثلثين كان أحدهما باع ثلث سمنه بثلثي عسل صاحبه، قال ذلك أشهب.

وجه ذلك أن خلط النوع الواحد جناية على من خلط ماله بمال غيره لاسيما أن التساوي المحقق في الأغلب غير موجود، فلذلك لزمه لضمان.

فإذا كان مما لا يجوز بينهما التفاضل، لم يجز أن يقتسماه عند أشهب إلا على التساوي؛ لأن التفاضل يحرم فيه، وإن كانا مما يجوز فيه التفاضل كالعسل والسمن جاز أن يقتسماه على ما يتراضيان عليه؛ لأن التفاضل فيهما غير ممنوع، والله أعلم، وقد تقدم قول ابن القاسم وسحنون في مثل هذا.

مسألة: وهذا فيما لا يمكن تمييز بعضه من بعض، فأما ما يمكن فيه ذلك، فقد قال أشهب فيمن خلط جوز رجل بمنطة آخر: أنه لا يضمن؛ لأنه يقدر على تخليص ذلك بلا مضرة على القمح والجوز.

قال: وكذلك خلط الجوز بالرمان، والرمان بالأترج، والتفاح، إلا أن يكون خلطهما يفسد أحدهما، فيضمن الذي يفسد بالخلط، وإن كانا يفسدان بذلك ضمنهما، ولو تلفا قبل الفساد. قال ابن المواز: كيف يضمنهما قبل أن يفسدا، والخلط ليس بموجب للضمنان، وإنما يوجب الفساد.

٣٩٠ ..... كتاب الأقضية

مسألة: ومن غصب قمحاً، فطحنه، قال ابن القاسم فى المجموعة: عليه مثله. وقال أشهب فى غيرها: يأخذ صاحب القمح دقيقه، ولا شىء عليه فى طحينه. وأصل ابن القاسم فى هذا مخالف لأصل أشهب.

وذلك أن ابن القاسم يقول: إن الغاصب إذا صنع فيما غصب صناعة، لم يكن للمغصوب منه أن يأخذ ذلك إلا بأن يدفع إلى الغاصب قيمة تلك الصناعة، وإلا ضمنه ما غصبه إياه، فإن كان ثوباً صبغه الغاصب كان لصاحبه أن يدفع إليه قيمة صبغه، أو يضمه قيمة ثوبه، وإن كان مما له مثل، فكذلك يدفع إليه قيمة صناعته أو يأخذ منه مثل ما له، ولا يجوز ذلك فى الحنطة؛ لأنها حنطة ودراهم بدقيق، ولا يجوز فيهما التفاضل.

وأشهب يقول: أن ما يصنعه الغاصب فى ذلك كله ييطل، وللمغصوب منه أن يأخذ الثوب، ولا يعطيه قيمة الصبغ، ويأخذ الحنطة، ولا يعطيه قيمة الطحن، واتفق فى المجموعة على أنه من غصب حنطة، فطحنها سويقاً، ولته، فليس لربها أخذ ذلك، فإن لم يكن للغاصب مال بيع السويق، فاشترى من ثمنه مثل الحنطة، فما فضل فللغاصب، وما نقص اتبع به.

قال أشهب: وليس كذلك الثوب يصبغ، والثوب يقطع، والعمود يدخل فى البنيان؛ لأن اسم ذلك قائم بعد، واسم القمح قد زال، وانتقل إلى اسم السويق. قال سحنون: كل ما غير حتى يصير له اسم غير اسمه، فليس له أخذه، وهو فوت.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أن لرب الحنطة أن يأخذها إذا طحنها الغاصب سويقاً أو يضمه مثلها، ولا حجة للغاصب فى الصنعة؛ لما روى: أنه ليس لعرق ظالم حق.

واتفق أشهب وابن القاسم على أن من غصب ثوباً، فجعله ظهاره أو بطانه لجبة، أو جعله قلانس، فإن لربه فتقه، وأخذه أو أخذ قيمته، وذلك أنه عند أشهب لم ينتقل عن اسمه، وعند ابن القاسم ليس فيه غير صناعة يجب على صاحب الثوب قيمتها.

مسألة: ومن غصب عموداً أو خشبة، فأدخلها فى بنيانه، فإن لصاحبها أن يأخذه، وإن خرب البنيان، قاله مالك وأشهب وابن القاسم، ولو عمل الخشبة بأباً لم يكن له أن يأخذه.

قال مالك: لأنه لا يقدر أن يعيده إلى ما كان عليه، وعلى قول أشهب قد انتقل عن

كتاب الأفضية ..... ٣١١

اسم الخشبة إلى اسم الباب، وليس له أخذ الباب دون غرم قيمة الصنعة، ولا أن يأخذه ويدفع قيمة الصنعة؛ لأنه قد حال إلى غير ما كان عليه. قال: وكذلك الحنطة تتخذ خبزاً، والجلد خفافاً.

مسألة: ومن غصب فضة، فصاغها حلياً أو ضربها دراهم، أو غصب دراهم، فصاغها حلياً، أو غصب حلياً، فكسره، وصاغ منه حلياً آخر يخالفه، أو نحاساً، فصنع منه آنية أو حديدًا، فصنع منه سيوفاً أو آنية، فقد قال أشهب وابن القاسم: ليس لرب المال هذا أخذ ذلك، وله مثل وزن فضته ونحاسه وحديده، ومثل دراهمه، وقيمة الحلّى. قال: أشهب: وليس له أن يعطيه قيمة الصنعة لما فى ذلك من التفاضل بين الفضتين، ولا أن يذهب بصنعه باطلاً، وليس كالحنطة يطحنها سويقاً؛ لأن التفاضل بين الحنطة والسويق، وإن لم يلت جائز.

وقد تقدم من قوله ومن قول ابن القاسم فى السويق: ما يجب أن يتفاضل. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن غصب فضة، فصاغها حلياً: أن لربها أخذها أو يضمه مثل فضته؛ لأنه لا حق لعمل ظالم.

ووجه ذلك أنه يمكن ردها إلى ما كانت معه عليه كالجذع والحجر يدخل فى البنيان، وهذا يخالف صبغ الثوب وطحن القمح؛ لأنه لا يمكن أن يعاد إلى ما كان عليه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان المستهلك من أحدهما مجهول العدد، لزم فيه القيمة أيضاً؛ لأن اعتبار المثل مع الجهل بالوزن، لا يكاد يسلم فيه من التفاضل بين الذهبين والورقين، وذلك ممنوع باتفاق.

مسألة: ومن غصب كتاباً مغزولاً أو منقوشاً، فغزله ثم نسجه ثوباً، فعليه مثل الكتان، فإن لم يوجد مثله، فقيمه يوم استهلاكه، رواه ابن المواز عن أشهب، قال: وقال ابن القاسم: عليه قيمة الغزل.

وجه ذلك أنه عند أشهب قد انتقل إلى اسم آخر، وعند ابن القاسم قد انتقل إلى جنس آخر يجوز التفاضل بينه وبين ما غصبه مع النساء، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن وجد طعامه بغير بلاد الغصب، ففى كتاب ابن المواز عن أشهب: هو خير بين أخذه، وأخذ مثله فى موضع الغصب. وقال سحنون: لا أعرف قول أشهب هذا، وإنما له أخذه بمثله فى موضع الغصب، وكذلك روى أصبغ عن

٣١٢ ..... كتاب الأقضية

أشهب فى العتبية والموازية، وقاله ابن القاسم فى الطعام والأدام وكل ما يوزن أو يكال.  
قال أصبغ: إن كان البلد البعيد، فالقول ما قال ابن القاسم، وإن كان قريباً كبعض الأرياف والقرى، ويحمل على الظالم بعض الحمل.

وجه قول أشهب أن نقله إلى بلد آخر، إما أن يكون زيادة لا غبن لها، فذلك لا يمنع صاحب الحق من أخذه حقه، وقد وجدته بعينه أو يكون نقصاً فى الصفة، فقد رضى بها.

وجه قول ابن القاسم أن الحمل زيادة فى الطعام، ليس له أن يعطى عنها عوضاً لما يدخل ذلك من التفاضل بين الطعامين الذى وجب له بالنقل، والذى يجبر صاحب الطعام فيهما، ولا يجوز أيضاً المساحة بقدر الحمل؛ لأنه يؤدى إلى ذلك، والله أعلم.

مسألة: فإذا قلنا إنه ليس له إلا القيمة، وإذا اختارها صاحب الطعام على قول أشهب، فلا يرفع الطعام المنقول إلى الغاصب حتى يتوثق منه. قال أشهب: يحال بين الغاصب وبين الطعام حتى يوفى المغصوب منه حقه. وقال أصبغ: يتوثق له بحقه، قبل أن يخلى بينه وبينه، وقاله ابن المواز.

مسألة: ولو أتلّف عسلاً أو سمناً ببلد، فلم يجد فيه مثله، فقد حكى ابن المواز عن ابن القاسم: عليه أن يأتيه بمثله، وله أن لا يأخذ قيمته إلا يصطلحاً على أمر يجوز. وقال أشهب: رب الطعام مخير، إن شاء صبر، وألزمه المثل يأتى به، وإن شاء ألزمه القيمة الآن.

وقال ابن عبدوس: اختلف فى هذا كما اختلف فى الفاكهة يسلم فيها، فينقضى إبانها، وقد بقى بعضها، فالصبر حتى يؤتى بالطعام من هذا خير كالصبر حتى يأتى إبان الثمرة إلى قابل.

قال ابن القاسم: يلزم الطالب التأخير فيهما. وقال أشهب: يرد إليه رأس ماله فى السلم، ولا يجوز التأخير.

وقال فى الطعام: يأخذ قيمة الطعام، إن شاء، وإن شاء أن يؤخر، وهذا على أصله فسخ دين فى دين، وإنما ينظر، فإن كان الموضع الذى يوجد فيه ذلك على يوم أو يومين أو ثلاثة أو الأمر القريب، فليس له إلا مثل طعامه يأتى به، وإن كان على الطالب فى تأخيره ضرر، أو كان استهلكه فى لجج بحر أو سفر بعيد، فعليه قيمته حيث استهلكه يأخذه به حيث لقيه.

فصل: قوله: «وإنما الطعام بمنزلة الذهب والفضة، يرد من الذهب الذهب، ومن الفضة الفضة» وذلك أن الذهب والورق لا يخلو أيضاً أن يكونا معلومى القدر أو غير معلومى القدر، فإن كانا معلومى القدر، فلا يخلو أن يكون غير مصوغ أو مصوغاً، فإن كان غير مصوغ مثل أن يكون تبراً أو مضروباً، فإن هذا فيه المثل يرد من الذهب ذهباً، ومن الفضة فى مثل القدر والصفة؛ لأن التماثل فيها موجود غير معدوم، وإنما يعدل إلى القيمة إذا عدم التماثل.

مسألة: فإن كان الذهب أو الفضة مصوغين، فإن عليه قيمته فى مثل تلك الصياغة، إن كان المستهلك ذهباً، فقيمته من الفضة، وإن كان فضة، فقيمته من الذهب، رواه ابن القاسم عن مالك.

وجه ذلك أن الصياغة من جملة ما استهلك، وعليه قيمتها، والتماثل متعذر فيها لاسيما مراعاة جنس فضتها؛ لأن الدينارين والدراهم لا تضرب إلا بعد ردها إلى التماثل فى الجنس، والتماثل فى السكة غير معدوم.

وأما الصائغ، فلا يعتبر فى وجود ما يصوغه شيئاً، بل يتفاوت جودة ما يصاغ من ذلك، ولا يكاد يوجد فيها التماثل، فلذلك لزم فيه القيمة.

مسألة: ومن تعدى على سوارين لغيره، فهشمهما، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة والموازية: عليه قيمة الصياغة من ذهب أو فضة، وليس كالفساد الفاحش فى العروض؛ لأنه أتلّف الصنعة. وقال أشهب: عليه أن يصوغهما له.

وقد قال مالك فيهما، وفى الجدار يهدمه: فإن لم يقدر أن يصوغهما، فعليه ما نقص من قيمتهما مصوغين ومكسورين، ولا أبالى قوماً بذهب أو فضة. وقال ابن المواز: عليه قيمة ما نقصتها الصنعة.

وجه قول ابن القاسم أنه لم يتعد على الذهب، وإنما تعدى على الصياغة، فكان عليه قيمتها؛ لأنها مما لا مثل له.

وجه قول أشهب: عليه أن يصوغهما له؛ لأن الصياغة عنده مما لها مثل، ولذلك قال فيمن استهلكهما: لا ألزمه مثلهما؛ لأنى لا آمن أن يكون فى ذلك أكثر من ذهبه أو أقل، وفى الكثير إنما يصوغ ذهبيهما نفسه، وهذا الذى قال غير متخلص؛ لأنه يلزمه أن يأتى بذهب مثله، ويصوغ مثل تلك الصناعة.

وجه قول ابن المواز: عليه ما نقصتهما الصياغة، أنه نقص طراً على الحلّى لا يتصور انفراده دونه، وهو مما لا مثل له، فكان عليه ما نقص كما لو جنى على ثوب بتخريق.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: إِذَا اسْتَوْدَعَ الرَّجُلُ مَالًا، فَأَبْتَعَ بِهِ لِنَفْسِهِ، وَرَبِحَ فِيهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ الرَّبْحَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ لِلْمَالِ حَتَّى يُؤَدِّيَهُ إِلَى صَاحِبِهِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من تجر بمال استودعه، فربح فيه، فإن الربح له، وقد اختلف قول مالك فى جواز السلف من الوديعة بغير إذن المودع، فحكى القاضى أبو محمد فى معونته: إن ذلك مكروه. قد روى أشهب عن مالك فى العتبية: أنه قال: ترك ذلك أحب إلى، وقد أجاز به بعض الناس، فراجع فى ذلك، فقال: إن كان له مال فيه وفاء، وأشهد، فأرجو أن لا بأس به.

وجه الكراهية ما احتج به القاضى أبو محمد لأن صاحبها إنما دفعها إليه ليحفظها لا ليتنفع بها، ولا ليصرفها، فليس له أن يخرجها عما قبضها عليه. وفى المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك: من استودع مالا أو بعث به معه، فلا أرى أن يتجر به، ولا أن يسلفه أحداً، ولا يجره؛ لأننى أخاف أن يفسد أو يموت، فيتلف المال، ويضيع أمانته.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ١٣١/٢٢، وقال: اختلف العلماء فى هذه المسألة: فكان ربيع بن أبى عبد الرحمن، ومالك بن أنس، والليث بن سعد، وأبو يوسف القاضى يقولون: إذا رد المال طاب له الربح غاصباً كان المال أو مستودعاً عنده مستعدياً فيه. وكان أبو حنيفة، وزفر، ومحمد بن الحسن يقولون: يؤدى المال، ويتصدق بالربح كله، ولا يطيب له بشيء منه. وقال الأوزاعى: الذى هو أسلم له أن يتصدق بالربح. وقال ابن خوزاذ: من اشترى بدراهم مغبوبة، فربح كان الربح له، ويستحب له فيما بينه، وبين الله تعالى أن يتنزه عنه، ويتصدق به.

وقال الشافعى: إن كان اشترى بالمال بعينه، فالسلعة والربح لرب المال. وحكى الربيع، عن الشافعى، قال: إذا اشترى الغاصب السلعة بمال بغير عينه، ثم نفذ المال المصبوب، أو مال الوديعة بغير إذن ربها، فالربح له، وهو ضامن لما استهلك خاصة من مال غيره، وإن اشتراه بالمال بعينه، فرب المال بالخيار بين أخذ المال، والسلعة. قال الربيع: وله فيها قو آخر أن البيع فاسد إذا اشترى بالمال المصبوب بعينه.

وروى عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، وعطاء ابن أبى رباح مثل قول مالك. وروى عن مجاهد أنه يتصدق بالربح مثل قول أبى حنيفة. وقالت طائفة: الربح على كل حال لرب المال. وروى ذلك عن أبى حنيفة. وروى ذلك عن عبد الله بن عمر.



ووجه الرواية الثانية: أنا إذا قلنا إن الدنانير والدراهم لا تتعين، فإنه لا مضره في انتفاع المودع بها، إذا رد مثلها، وقد كان له أن يرد مثلها، ويتمسك بها مع بقاء أعيانها.

مسألة: وهذا فيما لا يتعين، فأما ما يتعين، فعلى ضربين: ما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود، ما لا مثل له كالحيوان والعروض، فأما له مثل، فالأظهر عندى المنع منه، ويحییء على قول القاضی أبی محمد أنه یرى برد مثله إباحة ذلك، وسيحییء ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى، وأما ما لا مثل له، فلا شبهة في المنع منه، وبالله التوفيق.

فرع: وإن تلفت الوديعة بعد ما تسلف منها، ففي كتاب ابن المواز: لا يضمن إلا ما تسلف. وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن استودعها مصرورة، فحل صرارها، ثم تسلف منها شيئاً، ضمن جميعها، تلفت بعد أن رد فيها ما تسلف أو قبله، وكذلك لو حلها، ولم يتسلف منها، ولو أودعها منثورة، لم يضمن غير ما تسلف منها.

مسألة: ومن اسلف شيئاً من ذلك، ورده، فقد قال يحيى بن عمر: اختلف قول مالك في الذي ينفق من وديعة عنده، ثم يرد ما أنفق، فقال: لا شيء عليه، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ.

وقال ابن حبيب: سواء كانت منثورة أو مصرورة. وقال مالك: أيضاً لا يبرأ، وإن رده؛ لأنه دين ثبت في ذمته، وبهذا أخذ المدنيون من أصحاب مالك، ورواه المصريون، ولم يأخذوا به.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إذا استودعها مصرورة، فحل صرارها، ثم تلف منها شيء بعد الرد ضمنه، وإن استودعها منثورة، ثم رد ما تسلفه لم يضمنه.

وحكى القاضي أبو محمد عن مالك القول الأول من هذه الأقوال، وحكى ابن الماجشون: أنه يلزمه الضمان على الإطلاق، واحتج لقول مالك بأن الذي أوجب عليه الضمان تعديده بالأخذ، فإذا رد ما أخذ، فقد زال التعدي، وسقط عنه الضمان، قال: ولأنه حافظ لها على الوجه الذي أمر به، فلم يلزمه ضمان كحالة الابتداء.

وجه قول عبد الملك أنه قد خرج عن الأمانة بأخذها على وجه التعدي، فرده إياها لا يزيل عنه الضمان، كما لو جحلها، ثم اعترف بها.

فرع: إذا قلنا إنه سقط عنه الضمان بالرد، فإن ذلك فيما له مثل كالذهب والفضة

٣١٦ ..... كتاب الأقضية

والحنطة والعسل، وكل ما يكال ويوزن، وأما فيما يلزم فيه القيمة، فلا يسقط عنه الضمان، حكى ذلك القاضي أبو محمد، وهو معنى ما قال فى المدونة: أنه إن رد مثل الثياب فى الصفة والطول والعرض، لم يبرئه ذلك، عند ابن القاسم؛ لأن من استهلك لرجل ثوباً، فقد لزمته قيمته، ولم يكن له أن يخرج مكانها ثوباً.

فرع: فإذا قلنا يبرأ برد المثل فيما له مثل، فإن أقام البينة برد المثل، برئ، وإن ادعى ذلك من غير بينة، فقد قال القاضي أبو محمد: فى ذلك روايتان، إحداهما: يقبل؛ لأن ذلك موكول إلى أمانته كادعائه التلّف. والثانية: لا يقبل؛ لأن ما تسلف قد تعلق بذمته، فلا يبرأ منه إلا ببينة أو إقرار كسائر الديون، ويحتمل أن يكون القاضي أبو محمد أشار إلى ما روى عيسى عن ابن القاسم فى المدنية: أنه لا بينة عليه.

وقال مالك: إن رده ببينة، برئ، وإلا لم يبرأ منه، وبه أخذ ابن وهب، ورواه محمد بن يحيى عن مالك. وفى كتاب ابن المواز: إن تسلفها ببينة، لم يقبل قوله فى رد ذلك، ولم يذكر يميناً. وقال فى كتاب ابن المواز: هو مصدق مع يمينه، وقاله أشهب فى كتابه، قال فى المدونة: لأنه لو قال: تلفت، ولم آخذ منها شيئاً، لصدق.

وجه الرواية بنفى اليمين، وهو ظاهر ما فى المدونة أنها يمين تهمة، فلا يلزم المؤمن.

وجه الرواية الثانية أن الحق قد تعلق فى ذمته، فلا يصدق فى براءته منه بمجرد دعواه.

مسألة: وهذا إذا تسلف منها بغير إذن صاحبها، وأما من أودع ودیعة، فقليل له تسلف منها إن شئت، فتسلف منها، وقال: رددتها، فقد قال ابن شعبان: لا يبرئه رده إياها إلا إلى ربها.

وجه ذلك أنه إذا قال ذلك رب المال، صار هو المسلف، فلا يبرأ المتسلف إلا برد ذلك إليه، وعندى أنه يبرأ بردها إلى الودیعة؛ لأنه على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها، فإذا ردها إلى ما كانت عليه، برئ من الضمان، والله أعلم.

فصل: وقولنا: «إنه إن ابتاع به لنفسه، فربح، فالربح له؛ لأنه ضامن له» يريد إن كان المال عيناً، وذلك أن الودیعة لا يخلو أن تكون عيناً، أو غير عين؛ فإن كانت عيناً، فمذهب مالك أن ما ابتاع به له، وأن الربح فى ذلك له، والخسارة عليه.

وهذا عندى مبنى على أن الدنانير والدراهم لا تتعين بالغصب، ولذلك قال: أنه لو

كتاب الأفضية ..... ٣١٧

كانت الودیعة طعامًا، فباعه بثمن، فإن صاحبه بخیر بین إمضاء البیع، وأخذ الثمن أو تضمينه مثل طعامه.

ووجه ذلك أن هذا مما يتعين بالصفة، ويتعلق معنى آخر، وهو أن المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم؛ لأنه إنما أمره بحفظها.

ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة، فاشترى لنفسه، فإن صاحب البضاعة بخیر بین أن يضمه مثل بضاعته أو يأخذ ما اشترى بها.

ووجه ذلك أنه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستبد برحبها، فلم يكن ذلك له.

مسألة: وابتاعه لنفسه، إنما يؤثر في العقود التي من شرطها التناجز في المجلس، ففي كتاب ابن المواز: ولو كانت الودیعة دراهم، فصرفها بدنانير، أو دنانير، فصرفها بدراهم لنفسه، فليس لربها إلا ما كان له، وليس له أن يأخذ ما صرفها به، إلا أن يرضى المودع، فإن صرفها لربها لا يحل له أن يأخذ ما صرفها به.

وإن رضى بذلك، ولكن يصرف هذه إن كانت دراهم بمثل دنانيره، فما كان من فضل، فلربها، وما كان من نقص ضمنه المتعدى بخلاف التعدى في العروض التي يكون ربها بخيرًا في التعدى عليه.

وجه ذلك أنه إذا صرف الدراهم لنفسه، صح الصرف فيها، وإذا صرفها لصاحبها كان بالخيار، فمنع ذلك صحة الصرف.

فإن فات بإنكار من صارفه أو مغيبه، لم يحل لصاحب الدراهم أخذ عوضها من الذهب؛ لأن ذلك إمضاء منه لصرف الخيار، وهذا مذهب مالك في أن ربح الودیعة للمودع، وبه قال أبو بكر بن عبدالرحمن وربيعة.

وقال أبو حنيفة: يتصدق بالربح، ولا شيء منه للمودع ولا للمودع. وقال الشافعي: إن اشترى بذلك المال بعينه، فالربح لصاحبه، وإن اشترى بمال غير معين، فقضى من الودیعة، فالربح للمودع.

وجه ذلك قول مالك أنه اغتصب عددًا ما، فلم يكن عليه غيره كما لو اشترى به ثوبًا يساوى أكثر من ثمنه فلبسه أو وهبه.

فصل: وقوله: «لأنه ضامن للمال حتى يوفيه إلى صاحبه» يريد على أصل مالك أو

٣١٨ ..... كتاب الأقضية

إلى من يقوم مقامه فى القبض له؛ لأنه إذا رده إلى الوديعة، فقد رده إلى صاحبه؛ لأن يد المودع تنوب عن يد صاحبه، فإذا نوى رده ووجد منه من العمل ما يتم به ذلك، فقد رده إلى صاحبه، وهذا على مذهب مالك.

وأما على مذهب ابن الماجشون فى المصروف: لا يبدأ إلا برده إلى صاحبه فى رواية ابن حبيب عنه، أو على رواية القاضى أبى محمد عنه فى إطلاق ذلك، والأمر بين، والله أعلم.

\* \* \*

### القضاء فىمن ارتد عن الإسلام

١٣٩٦ - مالك، عن زيد بن أسلم أن رسول الله ﷺ قال: «من غيّر دينه فاضربوا عنقه».

ومعنى قول النبى ﷺ فيما نرى، والله أعلم: من غيّر دينه فاضربوا عنقه، أنه من خرج من الإسلام إلى غيره مثل الزنادقة وأشباههم، فإن أولئك إذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا؛ لأنه لا تعرف توبتهم، وأنهم كانوا يسرون الكفر، ويعلمون الإسلام، فلا أرى أن يستتاب هؤلاء، ولا يقبل منهم قولهم، وأما من خرج من الإسلام إلى غيره وأظهر ذلك، فإنه يستتاب، فإن تاب، وإلا قتل، وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوا إلى الإسلام، ويستتابوا، فإن تابوا، قبل ذلك منهم، وإن لم يتوبوا، قتلوا، ولم يغن بذلك فيما نرى، والله أعلم، من خرج من اليهودية إلى

---

١٣٩٦ - أخرجه النسائي، عن ابن عباس ١٠٤/٧ كتاب تحريم الدم باب حكم المرتد. ابن ماجه برقم ٢٥٣٥، عن ابن عباس ٨٤٨/٢ كتاب الحدود باب المرتد، عن دينه. الشافعى فى بدائع السنن برقم ١٤٨٢. البيهقى ١٩٥/٨، عن ابن عباس. عبدالرزاق فى المصنف ١٦٨/١٠ برقم ١٨٧٠٦، عن ابن عباس. الطبرانى فى الكبير ٣٣٠/١٠، عن ابن عباس. الدارقطنى ١١٣/٣، عن ابن عباس. ابن أبى شيبة ١٣٩/١٠، عن ابن عباس. البغوى بشرح السنة ٢٣٨/١٠، عن ابن عباس.

قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٨٤/٨: هكذا رواه جماعة رواة الموطأ مرسلًا ولا يصح فيه عن مالك غير هذا الحديث المرسل، عن زيد بن أسلم. وقد روى فيه مالك، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبى ﷺ قال: «من بدل دينه فاقتلوه». وهو منكر عندى، والله أعلم.

النَّصْرَانِيَّةِ، وَلَا مِنَ النَّصْرَانِيَّةِ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ، وَلَا مَنْ يُغَيِّرُ دِينَهُ مِنْ أَهْلِ الْأَدْيَانِ كُلِّهَا إِلَّا الْإِسْلَامَ فَمَنْ خَرَجَ مِنَ الْإِسْلَامِ إِلَى غَيْرِهِ، وَأَظْهَرَ ذَلِكَ، فَذَلِكَ الَّذِي عُيِّنَ بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الشرح: قوله عليه السلام: «من غير دينه، فاضربوا عنقه»<sup>(١)</sup> فقد قال مالك: إن معناه فيمن خرج عن الإسلام إلى غيره على وجه لا يستتاب فيه كالزنادقة. وفي كتاب ابن الماجشون: أن معنى قوله ﷺ: «من غير دينه، فاقتلوه» يعنى بعد الاستتابة، فإن تاب، ترك، فحمل ذلك على المرتد المظهر لارتداده، وذلك أن من انتقل إلى غير دين الإسلام، لا يخلو أن يسر كفره أو يظهره، فإن أسره، فهو زنديق.

قال ابن القاسم في العتبية من رواية عيسى: من أسر من الكفر ديناً خلاف ما بعث الله به محمداً ﷺ من يهودية، أو نصرانية، أو مجوسية، أو منانية، أو غيرها من صنوف الكفر أو عبادة شمس، أو قمر، أو نجوم، ثم اطلع عليه، فليقتل، ولا تقبل توبته. قال ابن المواز: ومن أظهر كفره من زندقة أو كفر برسول الله ﷺ أو غير ذلك، ثم تاب قبلت توبته.

وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه: يقتل الزنديق، ولا يستتاب إذا ظهر عليه. قال سحنون: إن تاب لم تقبل توبته، وهذا أحد قولي أبي حنيفة، وله قول آخر: تقبل توبته، وبه قال الشافعي.

والدليل على ما نقوله قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَحْدَهُ وَكَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ فَلَمْ يَكْ يَنْفَعَهُمْ إِيْمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا﴾ [غافر: ٨٥]، قال جماعة من أهل العلم: البأس هاهنا: السيف.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٨٤/٨: فقه هذا الحديث، أن من ارتد عن دينه حل دمه، وضربت عنقه؛ والأمة مجتمعة على ذلك، وإنما اختلفوا في استتابه: فطائفة منهم، «قالت: لا يستتاب على ظاهر هذا الحديث، ويقتل». وطائفة منهم قالت: يستتاب بساعة واحدة، ومرة واحدة، ووقتاً واحداً. وقال آخرون: يستتاب شهراً. وقال آخرون: يستتاب ثلاثاً - على ما روى عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن مسعود. «ولم يستتب ابن مسعود ابن النواحة وحده، لقول رسول الله ﷺ: لولا أنك رسول لقتلتك. قال له: وأنت اليوم لست برسول؛ واستتاب غيره».

٣٢٠ ..... كتاب الأقضية

ودلينا من جهة السنة ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من بدل دينه فاقتلوه»<sup>(\*)</sup>. واحتج مالك لذلك بأن توبته لا تعرف.

وقال سحنون: لما كان الزنديق يقتل على ما أسر، لم تقبل توبته؛ لأن ما يظهر لا يدل على ما يسر؛ لأنه كذلك كان، فلا علامة لنا على توبته، والمرتد يقتل على ما أظهر، فإذا أظهر توبته، أبطل بها ما أظهر من الكفر.

قال: وأجمع العلماء على أن من جاهر بالفساد والسفاهة، قبلت توبته، وصار إلى العدالة، ومن شهد بالعدالة، وشهد بالزور، لم تقبل شهادته، وإن أظهر الرجوع عما ثبت عليه.

مسألة: وإذا أقر الزنديق بكفره قبل أن يظهر عليه، فهل تقبل توبته أم لا؟ قال أصبغ في العتبية: عسى أن تقبل توبته. وحكى القاضي أبو الحسن ذلك.

مسألة: ومن تنزندق من أهل الذمة، ففى كتاب ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن عبدالحكم وأصبغ: لا يقتل؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر. وقال ابن الماجشون: يتقل؛ لأنه دين لا يقر عليه أحد، ولا يؤخذ عليه جزية.

قال ابن حبيب: لا أعلم من قاله غيره، ويحتمل أن يريد بالزندقة هاهنا الخروج إلى غير شريعة مثل التعطيل، ومذاهب الدهرية، ويحتمل أن يريد الاستسرار بما خرج إليه، والإظهار لما خرج عنه، والأول أظهر.

فرع: وإذا أسلم اليهودى الذى تنزندق، فقد روى أبو زيد الأندلسى عن ابن الماجشون: أنه يقتل كالمسلم يتزندق، ثم يتوب.

فصل: وقول مالك: «وأما من خرج من الإسلام إلى غيره، فأظهر غير ذلك، فإنه يستتاب، فإن تاب وإلا قتل» وبه قال عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعثمان بن عفان، وسيأتى ذكره بعد هذا، إن شاء الله تعالى. وروى سحنون عن عبد العزيز بن أبى سلمة أنه قال: لا بد أن يقتل، وإن تاب.

والدليل على ما نقوله قول الله تعالى: ﴿فَاَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ

---

(\*) أخرجه الترمذى برقم ١٤٥٨، عن عكرمة. النسائى ١٠٤/٧، عن عكرمة كتاب تحريم الدم باب حكم المرتد. أحمد ٢١٧/١، عن عكرمة. البيهقى ١٩٥/٨، عن عكرمة. الحاكم ٥٣٨/٣، عن عكرمة. البغوى شرح السنة، عن عكرمة ٢٣٨/١٠.

كتاب الأقضية ..... ٣٢١

وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم» [التوبة: ٥]، وقوله تعالى: ﴿وهو الذى يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيئات ويعلم ما يفعلون﴾ [الشورى: ٢٥].

ومن جهة المعنى أنها معصية لم يتعلق بها حد، ولا حق لمخلوق كسائر المعاصي.

مسألة: ولا عقوبة على المرتد إذا تاب، رواه فى لعنبة، وفى الموازية أشهب عن مالك. والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال: ٣٨].

ومن جهة المعنى أن هذا منتقل من كفر إلى إيمان، فلم يجب عليه عقوبة بما تقدم من الكفر كالنصرانى يسلم.

مسألة: ويستتاب ثلاثة أيام، فإن تاب فيها، وإلا قتل، وهو أحد قولى الشافعى، وله قول ثان: يستتاب فى الحال، فإن تاب وإلا قتل. وقد رواه القاضى أبو الحسن عن مالك وروى عن أبى حنيفة: يستتاب ثلاث مرات فى ثلاثة أيام، أو ثلاث جمع.

ودليلنا من جهة المعنى أن كل من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار.

مسألة: وليس فى استتابة المرتد تخويف، ولا تعطيش فى قول مالك. وقال أصبغ: يخوف فى الثلاث الأيام بالقتل، ويذكر الإسلام، ويعرض عليه.

وجه قول مالك أن هذا إكراه بنوع من العذاب، فلم يؤخذ به فى مدة الاستتابة كالضرب وقطع الأعضاء.

مسألة: والعبد فى ذلك بمنزلة الحر، والمرأة كالرجل، قاله مالك والشافعى. وقال أبو حنيفة: لا تقتل المرتدة. والدليل على ما نقوله ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «من بدل دينه فاقتلوه» وهذا عام.

ومن جهة القياس أنه سبب يقتل به الرجل، فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل.

مسألة: وسواء كان المرتد ممن ولد على الإسلام أو لم يولد عليه، قال مالك: هم سواء يستتابون كلهم، فإن تابوا وإلا قتلوا، رواه ابن القاسم عنه فى الموازية وغيرها.

وجه ذلك أنه خارج عن دين الإسلام إلى غيره، فكان حكمه ما تقدم كالذى بدله، وهو على الإسلام.

٣٢٢ ..... كتاب الأقضية

مسألة: ومن كان إسلامه عن ضيق، أو غرم، أو خوف، ثم ارتد، فقد قال مالك وابن القاسم: له في ذلك عذر. وقال أشهب: لا عذر له، وإن علم أن ذلك عن ضيق.

وقال أصبغ: قول مالك أحب إليّ إلا أن يقيم على الإسلام بعد ذهاب الخوف، فهذا يقبل. وأنكر ابن حبيب قول ابن القاسم، قال: وسواء كان ذلك عن ضيق أو غيره، ويقتل إن رجع، قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك.

وجه الرواية الأولى أن فعل المكره لا حكم له، وهذا لما دخل في الإسلام كرهاً، لم يثبت له حكمه.

وجه الرواية الثانية قول الرب تعالى: ﴿فَاَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥]، فأمر بقتلهم وإن دخلوا الإسلام على ذلك، ثبت لهم حكمه.

مسألة: فإذا قلنا لا يقتل على الردة من أسلم عن ضيق خراج أو جزية أو مخافة، فقد قال أصبغ: يؤمر بالرجوع إلى الإسلام، ويحبس ويضرب، فإن رجع وإلا ترك.

وجه ذلك أنا لا نعلم قطعاً أنه لم يرد الإسلام، فلذلك ندعوه إليه، ونشدد عليه في مراجعته، ولا يبلغ القتل لما ثبت من ظاهر أمره، والله أعلم وأحكم.

١٣٩٧ - مَالِكُ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِي، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَجُلٌ مِنْ قَبْلِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ، فَسَأَلَهُ عَنِ النَّاسِ، فَأَخْبَرَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهُ عُمَرُ: هَلْ كَانَ فِيكُمْ مِنْ مُغْرَبَةٍ خَيْرٍ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، رَجُلٌ كَفَرَ بَعْدَ إِسْلَامِهِ، قَالَ: فَمَا فَعَلْتُمْ بِهِ؟ قَالَ: قَرَّبْنَاهُ، فَضَرَبْنَا عَنْقَهُ، فَقَالَ عُمَرُ: أَفَلَا حَبَسْتُمُوهُ ثَلَاثًا، وَأَطَعْتُمُوهُ كُلَّ يَوْمٍ رَغِيْفًا، وَاسْتَبْتُمُوهُ لَعَلَّهُ يَتُوبُ وَيَرْاجِعُ أَمْرَ اللَّهِ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: اللَّهُمَّ إِنِّي لَمْ أَحْضُرْ، وَلَكِنْ أَمَرْتُ، وَلَكِنْ أَرْضَ إِذْ بَلَغَنِي.

الشرح: قوله: «أن رجلاً قدم على عمر من قبل أبي موسى، فسأله عن الناس، فأخبره» على حسب ما يلزم الإمام من السؤال عمن غاب عنه من رعيته؛ ليعرف أحوالهم، ويسأل عن ذلك الوارد والصادر حتى لا يخفى عليه شيء من الأحوال الناس؛ لأنه إذا خفيت عليه أحوالهم، لم يمكنه تلافي ما ضاع منها.

١٣٩٧ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٦٥/١٠ برقم ١٨٦٩٥، عن عبد القاري. البيهقي في السنن الكبرى ٢٠٧/٨. أبي يوسف في الخراج ٢١٤. ابن قدامة في المغني ١٢٥/٨. ابن حزم في المحلى ١٩١/١١.



فصل: وقوله: «ثم قال له: هل فيكم من مغربة خمر» سألته أولاً عن المعهود من أحوال الناس، وما يعمهم، ثم سألته عما عسى أن يطرأ من الأمور التي تستغرب، وليست بمعتادة، فأخبره أن رجلاً كفر بعد إسلامه، وهذا يقتضى أنه كان نادراً عندهم مما يستغرب، ولا يكاد يسمع به، ولذلك حكم فيه أبو موسى بحكم مخالف لما يراه عمر ابن الخطاب، ولو كان أمراً يكثر، ويتكرر لكان عند أبي موسى وغيره من الأمراء ما يعتقدونه في ذلك عمر؛ لأنه يظهر موافقة أصحابه، فيشيع ذلك أو يظهر مخالفة من أخطأ، فيشيع ذلك.

فصل: وقوله: «فما فعلتم به» بحث عن حكمهم فيه، وتعرف له ليأمر باستدامة الصواب والإقلاع عن الخطأ، فقال: «قدمناه فضررنا عنقه» ولم يذكر استتابة ولا غيرها، وقد كان يحتمل أن يقتل بعد الاستتابة وإبائه من المراجعة، لكن عمر رضى الله عنه فهم منه ترك الاستتابة، والمسارة إلى قتله بنفس كفره. وقد احتج أصحابنا على وجوب استتابة بقول عمر هذا، وأن لا مخالف له.

وهذا لا يصح إلا بأحد وجهين، إما أن يحمل فعل أبى موسى على أنه قتل بعد الاستتابة، ولعل الناقل لم يعلم بها، وإن ثبت بعد ذلك رجوع أبى موسى وغيره ممن وافقه على خلاف قول عمر رضى الله عنه، وإلا فأبو موسى ومن وافقه على ذلك يمنع انعقاد الإجماع على قول عمر.

فصل: وقوله: «أفلا حبستموه ثلاثاً، وأطعتموه كل يوم رغيفاً» يحتمل أن يأخذ الثلاث من قول الله تعالى: ﴿تَمَتُّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذَلِكَ وَعْدٌ غَيْرُ مَكْدُوبٍ﴾ [هود: ٦٥]، ولأن الثلاث قد جعلت أصلاً في الشرع في اعتبار معان، واختيارها في المصراة، وفي استظهار المستحاضة، وعهدة الرقيق، وغير ذلك من المعاني وإطعامه الرغيف كل يوم، معناه أن لا يوسع عليه من الإنفاق توسعة يكون فيها إحسان إليه، وإنما يعطى ما يبقى به رmqه على وجه لا يستضر به، ولا يكون منه تعذيب له.

وقد روى في المدينة عن ابن القاسم أنه قال: ليس العمل على قول عمر في أن يطعم المرتد كل يوم رغيفاً، ولكن يطعم ما يكفيه ويقوته ولا يجوع، وإنما يطعم من ماله. قال ابن مزين: يعنى في غير توسع ولا تفكه. قال مالك في الموازية: يقوت من الطعام بما لا يضره، والله أعلم.

وإنما أراد ابن القاسم بقوله: ليس العمل على قول عمر: يطعم كل يوم رغيفاً، بمعنى

٣٢٤ ..... كتاب الأفضية

أن لا يجعل ذلك حداً، ولم يرد عمر أن يجعله حداً، وإنما أشار إلى قلة مؤنته ويسارة وراثته في ماله، إن كان له مال أو بيت مال المسلمين، إن لم يكن له مال.

فصل: وقوله: «واستبتموه لعله يتوب، ويراجع أمر الله تعالى» يريد به الرجوع إلى الإسلام؛ لأنه الذي أمر الله به، وهذا يدل على أنه من خرج من كفر إلى كفر، لا يستتاب، ولا يعرض له. وقد قال مالك: إن معنى قوله ﷺ: «من غير دينه فاقتلوه» يريد الدين الذي رضىه الله، ودعا إليه، وأما من خرج من ملة الكفر إلى غيره، فلم يغير بذلك دينه الذي شرع له. قال مالك: سواء خرج إلى دين مجوس أو كتاب.

فصل: وقوله: «اللهم إني لم أحضر، ولم آمر، ولم أرض إذ بلغني» تبرؤ من الأمر، وتصريح بخطأ فاعله، ولا يكون ذلك إلا بنص من النبي ﷺ أو إجماع بعده. وقد قال سحنون: إن أبا بكر استتاب أهل الردة.

وقد روى عن ابن القاسم أن الصديق استتاب أم قرفة إذ ارتدت، فقتلها، فلعله قد علم بانعقاد الإجماع على ذلك في زمن أبي بكر، وفعل أبو موسى غير ذلك، فأنكر عليه عمر، وإلا فإذا كان أبو موسى من أهل الاجتهاد وحكم باجتهاده فيما لا نص فيه ولا إجماع لغير ما يراه عمر، لم يبلغ عمر من الإنكار عليه هذا الحد، ولو لم يحز لأبي موسى ذلك؛ لما جاز أن يوليه الحكم حتى يطالعه على قضيته وفي هذا من فساد أحوال الناس، وتوقف الأحكام ما لا خفاء فيه، والله أعلم وأحكم.

\* \* \*

### القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً

١٣٩٨ - مَالِك، عَنْ سُهَيْلِ بْنِ أَبِي صَالِحٍ السَّمَّانِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ سَعْدَ بْنَ عُبَادَةَ قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدْتُ مَعَ امْرَأَتِي رَجُلًا أُمِّهْلُهُ حَتَّى آتَى بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «نَعَمْ»<sup>(١)</sup>.

١٣٩٨ - أخرجه مسلم في اللعان ١٤٩٨. أبو داود في الديات ٤٥٣٣. ابن ماجه في الحدود ٢٦٠٥. أحمد في باقي مسند المكثرين ٢٧٢٥١.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٢٩٤/٨: زعم أبو بكر البزار أن مالكا انفرد بخديثه عن سهيل في هذا الباب، وأنه لم يروه غيره، ولا تابعه أحد عليه؛ وأظنه لما رأى حماد بن سلمة قد أرسله وأسنده مالك، ظن أنه انفرد به وليس كما ظن البزار.

وقد رواه سليمان بن بلال، عن سهيل - مسندا - عن أبيه، عن أبي هريرة - كما رواه مالك. =

كتاب الأقضية ..... ٣٢٥

الشرح: قوله: «أرأيت إن وجدت امرأتى رجلاً، أمهلته حتى آتى بأربعة شهداء» على سبيل الاستعلام من قبله؛ لأن ابن عبادة كان يقول: إن وجدته، لم يقدر على الصبر على ذلك ويضربه بسيف غير مصفح، فأتى هذا القول على سبيل الحجة، ليخبر به عن نفسه من شدة غيظه والإظهار لعذره.

فصل: وقول النبي ﷺ: «نعم» على معنى المنع له من قتله، وأنه لا يقتل في قوله: أنه وجدته مع امرأته، وإلا فله أن يدفعه، ويصرفه عن منزله، ولا يجب عليه تخليته معها، وإنما ذلك على وجه المنع له من قتله بما يدعيه من فعله.

= ورواه الدراوردي أيضاً، عن سهيل بإسناده - نحو رواية سليمان بن بلال:

حدثنا سعيد بن نصر، حدثنا قاسم بن أصبغ، حدثنا ابن وضاح، حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا خالد بن مخلد، قال: حدثنا سليمان بن بلال، قال: حدثني سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال: قال سعد بن عبادة لرسول الله ﷺ: «لو وجدت رجلاً مع أهلي لم أقتله حتى آتى بأربعة شهداء؟ قال رسول الله ﷺ: نعم. قال: لا والذي بعثك بالحق إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك! قال رسول الله ﷺ: اسمعوا إلى ما يقول سيدكم، إنه لغيور ولأنا أغير منه، والله أغير مني».

قال أبو عمر: فهذا سليمان بن بلال قد رواه مسنداً - كما رواه مالك؛ ولو لم يروه أحد غير مالك - كما زعم البزار، ما كان في ذلك شيء؛ لكن أكثر السنن والأحاديث قد انفرد بها الثقات، وليس ذلك بضائر لها ولا شيء منها؛ والمعنى الموجود في هذا الحديث مجتمع عليه قد نطق به الكتاب المحكم، وقد وردت السنة الثابتة، واجتمعت عليه الأمة؛ فأى انفرد في هذا؟ وليت كل من انفرد به المحدثون كان مثل هذا.

وذكر مسلم بن الحجاج، قال: حدثنا بن قتيبة سعيد، قال: حدثنا عبدالعزيز - يعني الدراوردي، عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة - أن سعد بن عبادة الأنصاري، قال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلاً أقتله؟ قال رسول الله ﷺ: «لا» قال سعد: بلى والذي أكرمك بالحق. فقال رسول الله ﷺ: «اسمعوا إلى ما يقول سيدكم».

وذكر مسلم أيضاً حديث مالك، وحديث سليمان بن بلال، عن سهيل على حسب ما ذكرناهما هاهنا.

وأما حديث حماد بن سلمة، فأخبرناه خلف بن أحمد، قال: حدثنا أحمد بن مطرف، قال: حدثنا سعيد بن عثمان، قال: حدثنا الحسن بن عبد الله البالسي، قال: حدثنا الهيثم ابن جميل، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن سعد بن عبادة - أنه قال: يا رسول الله، أرأيت لو رأيت رجلاً مع امرأتى لأتركه حتى أدعو أربعة من الشهداء؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم، فقال: والذي أنزل عليك الكتاب إذا لأعجلته بالسيف! فقال رسول الله ﷺ: «إن سعداً لغيور، وإنى لأغير منه، وإن الله لأغير مناه».

١٣٩٩ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ أَنَّ رَجُلًا مِنْ أَهْلِ الشَّامِ يُقَالُ لَهُ ابْنُ خَيْرِيٍّ، وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا، فَقَتَلَهُ أَوْ قَتَلَهُمَا مَعًا، فَأَشْكَلَ عَلَى مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ الْقَضَاءُ فِيهِ، فَكَتَبَ إِلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ يَسْأَلُ لَهُ عَلَى بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَنْ ذَلِكَ، فَسَأَلَ أَبُو مُوسَى عَنْ ذَلِكَ عَلَى بْنِ أَبِي طَالِبٍ، فَقَالَ لَهُ عَلَى: إِنَّ هَذَا الشَّيْءَ مَا هُوَ بِأَرْضِي، عَزَمْتُ عَلَيْكَ لَتُخْبِرَنِي، فَقَالَ لَهُ أَبُو مُوسَى: كَتَبَ إِلَيَّ مُعَاوِيَةُ بْنُ أَبِي سُفْيَانَ أَنْ أَسْأَلَكَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ عَلَى: أَنَا أَبُو حَسَنِ إِنَّ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ، فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ.

الشرح: قوله: «إن رجلاً من أهل الشام وجد مع امرأته رجلاً، فقتله أو قتلتهما، ثم قامت عليه بينة بذلك أو اعترف به، فأشكل على معاوية القضاء في ذلك، وكتب إلى أبي موسى الأشعري ليسأل عن ذلك على بن أبي طالب».

وهذا يدل على فضله وتوقفه فيما لا يعلمه وسؤاله عن ذلك من يثق بعلمه ويتسبب إليه بكل ما يمكنه وإن كان المستول منابذاً له.

فصل: وقول على رضي الله عنه: «إن هذا الشيء ما هو بأرضي» يريد أنه لو كان لبلغه خبره، وتقدم الاستعداد على ذلك على من فعله لاسيما وهو لم يتقدم فيه حكم شهير، فيتعلق به من أراد الحكم فيه، ثم قال لأبي موسى: «عزمت عليك لتخبرني» على معنى تبين القصة والبحث عنها بأكثر مما يمكن، وربما احتاج إن كان من أهل عمله إلى أن يشخص الخصوم في ذلك ليبالغ في تميم القضية.

فصل: وقوله: «أنا أبو حسن» مما تستعمله العرب عند إصابة ظنه كما أصاب ظنه بأن ذلك لم يكن بأرضه، وروى ذلك ابن مزين عن عيسى، ثم قال: «إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته» يريد والله أعلم، إن لم يأت بأربعة شهداء يشهدون على الزنى بين المقتولين أعطى برمته، يريد سلم إلى أولياء المقتولين يقتضون منه إن شاءوا.

مسألة: ولو قطع رجله أو جرحه، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن قتله، فكسر رجله أو جرحه، أن ذلك جبار، وإن قتله، فإنه يقتل به، إلا أن يأتي بأربعة شهداء، يشهدون على الزنى بينهما.

وجه ذلك أن وجوده في داره أوجب أن يسلط عليه بالضرب والأذى، والإبعاد،

كتاب الأفضية ..... ٣٢٧

فإن قاتله ومنعه من خروجه كان له مدافعتة عن ذلك بما يؤدي إلى الجراح وما أشبهها، وأما القتل، فلا يستباح إلا بينة لما ورد الشرع به من حقن الدماء.

مسألة: وفي العتبية والموازية عن ابن القاسم: قول على عندي ذلك في الثيب والبكر؛ لأنه إذا جاء بأربعة شهداء أنه وطئها، لم يقتص منه لواحد منهما، قال: وهو عندي معنى قول على أنه لا يقتل بقتل الثيب، ولا البكر، إذا قامت بينة لما زعم، وذلك أن من حل به مثل هذا يخرج عن عقله، ولا يكاد يملك نفسه والجاني أحق من حمل عليه.

فرع: فإذا قلنا إنه لا يقتل بها، وإن كانا بكرين، فقد قال ابن القاسم في المدنية: عليه الدية في البكر، وقاله ابن كنانة. وقال ابن عبدالحكم: لا شيء عليه، وإن كان بكرًا إذا كان قد كثر التشكي منه، قاله ابن مزين.

وقال غير ابن القاسم: دمه هدر في البكر والثيب، وقد أهدر عمر بن الخطاب غير دم في شبه هذا من التعدى. وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون: يؤدب من قتل من وجب عليه القتل دون الإمام، وهذا في الثيب ويقتل في البكر.

وجه قول ابن القاسم أن من قتل من لا يجب عليه القتل، فإذا لم يجب القصاص للشبهة، لزم الدية.

وجه قول من أهدر دمه أنه عمد لا يجب به القصاص، فلم تجب به الدية. وأصل ذلك من قتله قصاصًا.

وجه قول ابن الماجشون أن الثيب قد وجب عليها القتل بالزنى والإحصان، فليس على قاتله قتل، وإنما على قاتله في ذلك العقوبة، لافتياته في ذلك دون الإمام. وأما البكر، فليس عليه القتل بالزنى، فمن قتله، قتل به.

فرع: فإذا قلنا تجب عليه الدية، فقد قال ابن القاسم والمغيرة وابن كنانة: دية الخطأ. ووجه ذلك أن القاتل لما فجأه من الغضب الذي سببه من الزانى، يصير في حكم المغلوب إلى ذلك لا عقل له، فكانت جنايته خطأ. وحكى ابن مزين عن أصبغ أن الدية في مال القاتل.

وجه ذلك أنه خطأ، غير ميتقن ليست شبهته بالقوية، فأشبه إقرار القاتل بالخطأ أنه في ماله، والله أعلم وأحكم. وهو حسبنا ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

\* \* \*

### القضاء فى المنبوذ

١٤٠٠ - قَالَ مَالِكٌ: عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ، رَجُلٍ مِنْ بَنِي سُلَيْمٍ، أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُودًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: مَا حَمَلَكَ عَلَى اخْتِذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ؟ فَقَالَ: وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً فَأَخَذْتُهَا، فَقَالَ لَهُ عَرِيفُهُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: أَكْذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: اذْهَبْ، فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ.

الشرح: قوله: «منبوذًا فجئت به عمر» المنبوذ هو المطروح، ويحتمل أن يجيء به إلى عمر ليعلمه حاله، وينفق عليه من بيت مال المسلمين، ويحتمل أن يجيء به ليستفتيه فى أمره وليسأله الحكم له بولائه أو غير ذلك.

فصل: وقول عمر رضى الله عنه: «ما حملك على أخذ هذه النسمة؟» روى أشهب عن مالك أنه قال: اتهمه أن يكون ولده أتى به لكى يفرض له من بيت المال.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: ويحتمل عندى أن يكون سأله عن سبب أخذه له، وخاف عليه أن يكون حملة على ذلك الحرص على أن يفرض له من بيت المال ويلقى هو أمره، ويحتمل أن يخاف التسرع إلى أخذ الأطفال من غير أن ينبذوا حرصاً على أخذ النفقة لهم، ورغبة فى موالاتهم، ويحتمل أن يكون سأله لئلا يلتقطه من عياله.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: إذا ادعى اللقيط ملتقطه، فلا قول له إلا ببينة. وقال أشهب: يقبل قول من ادعاه ملتقطه أو غيره إلا أن يتبين كذبه.

وجه رواية ابن القاسم أنه ليست هناك شبهة تصدق دعواه، وليس له أن يعلق به نسب لا شبهة له فيه. ووجه قول أشهب أن له فيه شبهة الالتقاط وليس له نسب ثابت بغيره كما لو ملك أمه.

فصل: وقول سنين: «وجدتها ضائعة فأخذتها» يريد أنه أخذه لهذه الوجه لا لغيره من الوجوه التى يحتمل أخذه له، وإن كان بعضها مكروها وبعضها مباحاً، وأنه إنما أخذه لأنه وجده فى موضع يضيع فيه إن ترك فأخذه لذلك، ومن وجد بهذه الصفة، لزمه أخذه؛ لأنه لا يحل تركه للهلاك، وأخذه على وجهين، أحدهما أن يأخذه ملتقطاً.

١٤٠٠ - أخرجه الشافعى فى «الأم» ٧: ٢٣٢، والبيهقى فى الكبرى ٦/ ٢٠١ - ٢٠٢، ومعرفة السنن ١٢٤٦٢، ٩٠/٩، أخرجه ابن أبى شيبة فى المصنف ٤٠٦/١١.

كتاب الأقضية ..... ٣٢٩

ليربيه، فقد قال أشهب: ليس له رده. وأما إن أخذه ليرفعه إلى السلطان، فلم يقبله منه السلطان، فلا ضيق عليه في رده إلى موضع أخذه، ومعنى ذلك عندى أن يكون موضعاً لا يخاف عليه فيه الهلاك لكثرة الناس فيه، ويوقن أنه سيسارع الناس إلى أخذه.

فصل: وقوله: «عريفه» العرفاء رؤساء الأجناد وقوادهم، ولعلمهم سموا بذلك لأنهم بهم يتعرف أحوال الجيش، وقد قال النبى ﷺ يوم حنين، لما رأى أن يرد السبى إلى هوازن، فأذن له في ذلك الناس، فقال: «إنا لا ندرى من أذن في ذلك منكم ممن لم يأذن، فارجعوا حتى يرفع إلينا عرفاؤكم» (\*).

وقال على: إن عمر دون الدواوين، وجعل فيها أرباعاً، وجعل عليهم عرفاء. وقال يحيى بن مزين: الأرباع في جند الشام، والأسباع في جند الكوفة، والأخماس في جند البصرة.

قال عيسى: فكان الذى وجد المنبوذ من عرافة هذا الرجل الجالس عند عمر، فقال لعمر: «إنه رجل صالح» على معنى أن يصدقه عمر في قوله ولا يرتاب به أو على معنى التبرئة له مما عسى أن يتوقع عمر من جهته أن يظن الأمر على غير ما يرضيه من أن يأخذه للوجوه التى ظنها أن يكون إنما التقطه ليفرض له نفقته فى بيت المال ويبقى عنده، فيراه عريفه من ذلك بما أخبر به عنه مما علمه منه من الصلاح والدين.

وليس هذا من باب التزكية التى يثبت بها قبول الشهادة، وليس كل رجل صالح تقبل شهادته، وتثبت عدالته، وإنما ينتفى بهذا عنه ما ينافى الصلاح مما خاف عمر أن يكون التقط المنبوذ له، والله أعلم.

فصل: وقول عمر: «كذلك» على وجه التحقيق والاستتبات. وقوله: «هو حر» على وجه الإخبار له بحكمه وأن اللقيط حر. وفى كتاب ابن المواز: أن اللقيط حر، وإن التقطه عبد أو نصرانى.

ووجه ذلك أنه لا يتيقن فيه سبب من أسباب الاسترقاق.

مسألة: واللقيط على الإسلام، وذلك أنه لا يخلو أن يلتقط فى بلاد الإسلام أو فى بلاد الشرك أو فى بلاد فيها الصنفان، فإن التقط فى بلاد الإسلام، فهو مسلم، وإن التقطه نصرانى لأن الظاهر أنه من المسلمين بحكم الدار.

---

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٣٠٨، ٢٥٤٠، ٢٦٠٨، ٣١٣٢، ٤٣١٩. أبو داود حديث رقم ٢٦٩٣. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٤٣٥.

٣٣٠ ..... كتاب الأفضية

وإن كان ببلد الشرك، فقد قال ابن القاسم: هو مشرك. وقال أشهب: هو مسلم، إن التقطه مسلم.

ووجه قول ابن القاسم أن الظاهر أن حكمه حكم الدار، والدار للشرك، فكان الظاهر أن من كان فيها حكمه حكمهم في الدين كما أن الظاهر حكمه حكمهم في النسب والحرب.

ووجه قول أشهب أن للدار تأثيراً وللملتقط في ذلك تأثير، فوجب أن يغلب حكم الإسلام، وكذلك لو التقطه في كنيسة لحكم له بحكم الإسلام كما يحكم له بحكم الحرية.

مسألة: فإن التقط بقرية من قرى الذمة ليس فيها مسلم إلا اثنان أو ثلاثة، فقد قال ابن القاسم: إن التقطه مسلم، فهو مسلم، وإن التقطه نصراني، فهو نصراني. وقال أشهب: هو مسلم على كل حال.

وجه قول ابن القاسم أن حكم الكفر والإسلام قد استوى في ذلك لأن أصل الدار للإسلام وغالب من فيها الكفر، فغلب حكم الملتقط.

ووجه قول أشهب أن الدار دار الإسلام، ولذلك لا يسترى، وإنما يسكنها أهل الذمة بالجزية.

**فصل: وقوله: «ولك ولاؤه»** يريد تخصيصه بذلك، وذلك يقتضى كونه على دينه. قال ابن المواز: قال مالك: ولو أعلم أن عمر قال في المنبوذ ما ذكر ما خولف، يريد والله أعلم أن يجعل الولاء لملتقطه، والحديث صحيح لا شك فيه لأنه يرويه عن ابن شهاب عن سنين أبي جميلة، وهو من الصحابة، ولكنه لفظ يحتمل التأويل، فيكون معنى قول مالك ذلك أن لو علم أن عمر أراد ما يتأولونه عليه لم أخالفه لتقارب الأدلة في ذلك وترجحها، ولو أن مالكاً قد تول قول عمر: «لك ولاؤه» أى قد جعلت لك أن تتولى تربيته، والقيام بأمره، وأنت أحق به من غيرك.

وذلك أن من التقط لقيطاً، فهو أحق به من غيره، فإن نزع منه غيره، فقد قال ابن القاسم: إن كان ملتقطه قوياً على مؤنته وإمساكه، رد إليه. قال أشهب: إن كانا سواء أو متقاربين، فالأول أولى، فإن خيف أن يضيع عند الأول فالثاني أولى به إلا أن يطول مكثه عند الأول، وليس اللقيط في ضرر، فالأول أحق به، وهذا إن كانا مسلمين.



كتاب الأقضية ..... ٣٣١

فإن كان ملتقطه نصرانيا، فقد قال أصبغ: ينزع منه لثلا ينصره أو يدرس أمره، فيسترقه، وهذه ولاية الإسلام، لا ولاية العتق؛ لأن اللقيط مجهول النسب، فولأؤه لجماعة المسلمين، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أهل الحجاز، وبه قال الشافعي.

وروى عن علي بن طالب أنه قال: اللقيط حر، وله أن يوالى من أحب، الذي التقطه أو غيره. وبه قال ابن شهاب وعطاء وجماعة من أهل المدينة. وقال النخعي: ميراث اللقيط بمنزلة اللقطة، وبه قال أكثر الكوفيين. وقال أبو حنيفة: ميراثه لمن التقطه، إلا أن له أن ينتقل عنه حيث شاء ما لم يعقل عنه من والاه، فإن عقل عنه، لم يكن له أن ينتقل عنه بولائه.

فصل: وقوله: «وعلينا نفقته» يريد مؤنته في بيت المسلمين إن أمكن ذلك؛ لأنه من فقرائهم مع عجزه عن التكسب، وخوف الضياع عليه، وإن تعذر الإنفاق عليه من بيت مال المسلمين، فقد قال مالك في الموازية: من التقط لقيطاً، فعليه نفقته حتى يبلغ، ويستغنى وليس له أن يطرده.

ووجه ذلك أنه إذا أخذه ملتقطاً له، فقد لزمه أمره وحفظه.

مسألة: ولا رجوع له عليه بما أنفق عليه، وإن استأذن في ذلك الإمام، قاله القاضي أبو محمد، قال: وكذلك لو كان له مال لا يعلم به.

ووجه ذلك أنه من فقراء المسلمين، فليس له أن يشغل بدين الإنفاق عليه كسائر الفقراء.

فرع: فإن استلحقه أحد، فقال ابن القاسم: إن استلحقه ببينة أو غيرها، رجع عليه بما أنفق إن كان تعمد طرحه، وهو ملئ، وإن لم يطرحه، فلا شيء على الأب. وقال أشهب: لا شيء على الأب بكل حال؛ لأن هذا أنفق على وجه التطوع.

قال يحيى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَنْبُودِ أَنَّهُ حُرٌّ، وَأَنَّ وَلَاءَهُ لِلْمُسْلِمِينَ، هُمْ يَرْتُونَهُ وَيَعْقِلُونَهُ عَنْهُ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن المنبوذ، وهو المطروح من قولهم: نبذت الشيء، إذا طرحته، قال الله تعالى: ﴿فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ وَهُوَ سَقِيمٌ﴾ إلا أنه في عرف اللغة مستعمل فيمن طرح من الأطفال على وجه الاستسرار به، فيلتقطه من يخاف عليه الضيعة، فقال مالك: إنه حر.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار ١٥٥/٢٢.

٣٣٢ ..... كتاب الأقضية

ووجه ذلك أنه عرا من أسباب الاسترقاق، فهو لاحق بالأحرار، وكذلك كل من وجدناه من الكبار الذين لا يعقلون إنما نحملهم على الحرية لعدم معاني الاسترقاق.

فصل: وقوله: «ولاءه للمسلمين» يريد أن ولاءه لجماعة المسلمين كسائر من لا يعرف نسبه من المسلمين، وقد تقدم القول في ذلك بما يغنى عن إعادته.

وقوله: «وهم يرثونه ويعقلون عنه» على معنى تفسير المولى الذى أثبتته فى حكم المنبوذ، والله أعلم.

\* \* \*

### القضاء بالحق الولد بأبيه

١٤٠١ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةٍ زَمْعَةَ مَنِي، فَأَقْبَضَهُ إِلَيْكَ، قَالَتْ: فَلَمَّا كَانَ عَامُ الْفَتْحِ، أَخَذَهُ سَعْدٌ، وَقَالَ: ابْنُ أَخِي، قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ إِلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ، فَقَالَ: أَخِي وَأَبْنُ وَلِيدَةٍ أَبِي وَوُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أَخِي قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ: أَخِي وَأَبْنُ وَلِيدَةٍ أَبِي، وَوُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: احْتَجِي مِنْهُ لِمَا رَأَى مِنْ شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ. قَالَتْ: فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ<sup>(١)</sup>.

١٤٠١ - أخرجه البخارى فى البيوع ٢٠٥٣. والنسائى فى الطلاق ٣٤٨٢، ٣٤٨٥. وأبو داود فى الطلاق ٢٢٧٣. وابن ماجه فى النكاح ٢٠٠٤. وأحمد فى باقى مسند الأنصار ٢٣٥٦٦، ٢٤٤٥٤، ٢٥٣٦٦، ٢٥٤٧٠. والدارمى فى النكاح ٢٢٣٧.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٢٩٨/٨: هكذا روى مالك هذا الحديث، لا خلاف علمته عنه فى إسناده ولا فى لفظه، إلا أن ابن وهب، وأبا جعفر النفيلى، والقعنبنى، فى غير الموطأ روه مختصرا عن مالك، عن الزهرى، عن عروة، عن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر» لم يذكروا قصة عبد بن زمعة وعتبة، رواه هكذا عن ابن وهب ابن أخيه، ومحمد بن عبد الحكم، وبحر بن نصر، ويقال: إنه ليس عند يونس، عن ابن وهب، وعند ابن وهب، والقعنبنى أيضا فى الموطأ الحديث بتمامه، وهو أصل هذا الحديث عن مالك، وقد خالفه ابن=

الشرح: قولها: «أن عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص، أن ابن وليدة زمعة منى، فاقبضه إليك» على حسب ما كان يفعله أهل الجاهلية، فقد روى أن النكاح كان عندهم على أربعة أضرب، أحدها الاستبضاع، وهو أن يكون الرجل يعجبه نجابة الرجل ونبله وتقدمه، فيأمر من تكون له من حرة أو أمة أن تبيح نفسها له، فإذا حملت منه رجع هو إلى وطنها حرصاً على نجابة الوليد.

والثاني: أن تكون المرأة لا زوج لها، يغشاها الجماعة من الرجال، منفردين أو مجتمعين، فإذا استمر بها حمل دعته، وقالت لأحدهم: هذا منك، فيلزمه ذلك، ويلحق به، ولا يمكنه الامتناع منه.

والثالث: البغايا كن يجعلن الرايات على مواضعهن، فمن رأى تلك الراية علم أنه موضع بغى، فيتكرر عليها بذلك من شاء الله من الناس حتى إذا استمر بها حملها، قالت لبعضهم: هو منك فيلحق به.

والرابع: النكاح الصحيح، فأبطل الإسلام الثلاثة الأنواع المتقدمة، وأثبت النكاح، فلعل ما قال عتبة بن أبي وقاص: «ابن وليدة زمعة منى» إنما أراد استلحاقه من أحد تلك الأنواع الثلاثة التي أبطلها الإسلام.

---

=عينية في بعض لفظه، لم يقل فيه: وللعاهر الحجر، والقول قول مالك، وقد أتقنه وجوده. حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا أحمد بن سليمان الرملي، حدثنا إبراهيم بن عبد الله البصري، حدثنا أبو عاصم الضحاك بن مخلد، حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة، أن عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة هو منى، فاقبضه إليك، فلما فتحوا مكة أخذه سعد، فقال عبد بن زمعة، هذا أخي، وابن وليدة أبي قال: فقضى رسول الله ﷺ به لعبد بن زمعة، قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، وأمر سودة أن تحتجب منه، فما رآها حتى ماتت.

حدثنا سعيد بن نصر، قال: حدثني قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل، قال: حدثنا الحميدي، قال: حدثنا سفيان، وقال: حدثنا الزهري، قال: حدثنا عروة بن الزبير، أنه سمع عائشة تقول: اختصم عند رسول الله ﷺ سعد بن أبي وقاص، وعبد بن زمعة، في ابن أمة زمعة، فقال سعد: يا رسول الله إن أخي عتبة أوصاني فقال: إذا قدمت مكة فانظر ابن أمة زمعة، فاقبضه فإنه ابني. وقال عبد بن زمعة: يا رسول الله! أخي، وابن أمة أبي ولد على فراش أبي، فرأى رسول الله ﷺ شبهاً بينا بعتبة، فقال: «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش، واحتجبي منه يا سودة». قيل لسفيان: فإن مالكا يقول فيه: وللعاهر الحجر، فقال سفيان: لكننا لم نحفظه من الزهري أنه قاله في هذا الحديث.

٣٣٤ ..... كتاب الأقضية

فلما أراد عتبة استلحاقه على هذا الوجه، ولم يقم له بينة من إقرارها لم يلحق به، وأما من استلحق ولدًا، فلا يخلو أن لا يكون عرف له ملك أمة، ولا نكاحها أو قد تقدم له ذلك فيها.

فإن لم يعرف له ملك أمة بنكاح ولا بملك يمين، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم، فقال مره: يلحق ذلك به، ما لم يتبين كذبه، وإن لم يكن له نسب معروف، وبه قال مالك. وقال ابن القاسم أيضًا: لا يلحق به حتى يتقدم له على أمه نكاح أو ملك يجوز أن يكون منهن، ولا يمنعه من ذلك نسب معروف، وبه قال سحنون.

وجه القول الأول أن الأسباب موضوعة على الاستلحاق وأكثرها لا يثبت إلا بإقرار الأب بالوطء أو بأنه ولده، فإذا لم يكن ثم نسب مانع، لحق بمن استلحقه.

وجه القول الثاني أن النسب إنما يؤثر فيه الاستلحاق إذا كان ثم نسب معروف من ملك يمين أو نكاح، فإذا لم يكن ثم سبب يقوى الدعوى وجب أن تبطل؛ لأنه لو ثبت بمجرد الدعوى لكثير تعرض الدعوى في ذلك، وفسدت الأنساب.

مسألة: وأما إن ملك أمهم قبل ذلك، فإن ادعاهم مع بقائهم في ملكه، فلا خلاف في المذهب أنهم يلحقون به. وفي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم، فيمن يبيده أمة لها ولد، وعليه دين محيط بماله، فاستلحق الولد لحق به، وتكون الأمة بذلك أم ولده.

وجه ذلك أن سبب النسب موجود مع عدم مستلحقه، فيصح استلحاقه كما لو لم يكن عليه دين، ولم يمنع الدين الاستلحاق؛ لأن الاستلحاق معنى يثبت به النسب مع عدم الدين، فوجب أن يثبت به النسب مع الدين كالإقرار بالوطء قبل الولادة ثم ظهور الحمل.

مسألة: وأما إن كان قد باعه مع أمه، ثم ادعى وهو معدوم أنه ابنه منها، فقد اختلف في ذلك قول مالك، روى عنه أشهب أنه يصدق فيه وفيها، ويرد إليه، ويتبع بالثمن دينًا، وبه قال أشهب وابن عبدالحكم.

وروى عنه أشهب أيضًا أنه يصدق في الولد، ولا يصدق في أمه، ويرد إليه الولد بحصته من الثمن، وبه قال ابن القاسم.

وجه القول الأول أن هذه حالة تصدق في الوليد، فإنه يصدق في أمه كحالة السر. وجه القول الثاني أنه عدمه بالثمن تهمة في إرادته استرجاع الأمة دون ثمن واستلحاقه

كتاب الأقضية ..... ٣٣٥

الولد لا يقتضى ارتجاعه الأم، ألا ترى أن ولد الملاءنة يستلحقه الملاءنة، ولا يقتضى ذلك ارتجاع أمه، لأن استلحاق الولد عرا من التهمة لما جبل عليه الناس من نفى ما يشك فيه من النسب، فكيف بما يتيقن انتفاؤه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن كان ملياً، وقد باعها ثم ادعاه، فإنهما يردان إليه إلا أن يتهم فيها بصباة إليها، فيصدق في الولد، ولا يصدق فيها حتى يسلم من العدم والصباة بها. قال أصبغ: لا يتهم في غناه سواء باعها بالولد أو ولدت عند المبتاع لما يولد لثله.

وجه قول ابن القاسم أن كلفه بها تهمة تمنعه ردها، فمنع من ذلك، وصح استلحاقه للولد؛ لأنه مقر له لحق النسب مع تعريه من التهمة.

ووجه قول أصبغ أنه إذا صح استلحاقه للولد لسبب ملك اليمين، يضمن ذلك كون الأم أم ولد له ولا تهمة مع الغنى؛ لأنه يرد عوضها، ولو قيل في هذا يرد الأكثر من الثمن أو القيمة يوم الاستلحاق لما بعد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا ما لم يعتقهما المبتاع، فإن أعتقهما ثم استلحق الولد البائع، فقد قال ابن القاسم: لا يصدق البائع فيهما ثم رجع، فقال: يقبل قوله في الولد وحده، ويثبت نسبه.

وجه القول الأول أن الولاء نسب ثابت، فلا يرد بالاستلحاق كما لا يرد نسب ثابت.

ووجه القول الثاني أن النسب أقوى من الولاء؛ لأن الولاء مشبه به، فالنسب يبطل الولاء، ولو كانت الأمة إنما يثبت لها الولاء في الوجهين لم يبطل الثاني الأول، وكان الأول أولى.

مسألة: فإذا قلنا لا يقبل قوله في الأمة، فإن عتقها يثبت للمبتاع، ويرجع باليمين على البائع.

ووجه ذلك أنه مقر لها بتمنّها، فكان عليه أدائه، ولا يقبلان على نقل الولاء؛ لأنه لا يجوز ذلك فيه، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته (\*).

---

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٣٥. مسلم حديث رقم ١٥٠٦. الترمذى حديث رقم ١٢٣٦. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٤٦٥٧، ٤٦٥٩. أبو داود حديث ٢٩١٩. ابن ماجه حديث رقم ٢٧٤٧، ٢٧٤٨. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٥٤٦، ٥٤٧٢، ٥٨١٦. الدارمى حديث رقم ٢٥٧٢، ٣١٥٦.

٣٣٦ ..... كتاب الأفضية

مسألة: وهذا كله ما لم يدعه المشتري ولدًا، فإن ادعاه، فقد قال ابن القاسم: المشتري أحق به.

ووجه ذلك أن اليد له، وقد ضعفت دعوى البائع بتكذيب نفسه ببيعته إياه، فإنما قوله ما لم يدعه من هو أقوى دعوى منه ممن لم يتقدم منه تكذيب دعواه.

فصل: وعتبة بن أبي وقاص إنما ادعى هذا الولد من جهة زنا في الجاهلية، ومثل هذا كان يلحق به لو ادعاه بعد ما أسلم في الإسلام ما لم يكن هناك سبب هو أولى من دعواه، رواه عيسى عن ابن القاسم.

وفي مسألة ولد زمعة، قد كان هناك ما هو أقوى من الزنا، وهو ادعاء الفراش له، فإن أمة زمعة ادعى ابن زمعة لها الفراش، ومعناه وطء أبيه لها؛ لأن الأمة تصير عندنا فراشًا بالوطء أو بالإقرار به.

ومعنى ذلك أن من أقر بوطء أمته، ثم ولدت ولدًا، ألحق به، وإن لم يقر به، ومات قبل وضعه، ويحتمل أن يكون ما ادعاه عتبة لم يثبت عنه، وإنما كان في ذلك بمجرد دعوى سعد أخيه له، ولا يصح استلحاق العم ابن أخ.

فصل: وقوله: «فتساوقا إلى رسول الله ﷺ» يريد أن كل واحد منهما ساق صاحبه لمنازعته له فيما ادعاه إلى رسول الله ﷺ ليحكم بينهما في دعواهما، فأدلى سعد بحجته، فقال: «ابن أخي قد كان عهد إلى فيه» ولم يدع بينة على ذلك، وإنما ادعى أنه عهد إليه فيه.

ولم يمنعه من ذلك عبد بن زمعة لأنه لا طريق له إلى معرفة ذلك، بل الظاهر صدق سعد، ولكنه إنما ادلى حجته أيضًا، فقال: «أخى وابن وليدة أبي، ولد على فراشه» فادعاه أخا، ولم يدع بينة على استلحاق أبيه له، وإنما احتج بمجرد دعواه كما احتج سعد بمجرد دعواه.

فلما استوعب النبي ﷺ حجة كل واحد منهما حكم بينهما بالحق، فقال: «هو لك يا عبد بن زمعة» ولا يقتضى ذلك أنه ألحقه بأبيه زمعة لأنه لم يصفه إليه، ولا قال هو ابن لزمعة وإنما أضافه إلى عبد بن زمعة؛ لأنه ابن أمة أبيه.

ولو لم يدعه أخًا لقضى له به عبدًا، ولكنه قد أقر بحريته وأخوته، فقليل له أنت أعلم بما تدعيه، فيما ينصك، ولا يصلح استلحاق الرجل أخًا. قال أشهب في كتاب

ابن سحنون: ومن استلحق أنحاً في بلاد الإسلام لم يوارثه، ولا يستلحق الأخ.

وفي المدنية من رواية عبدالرحمن بن دينار عن ابن كنانة فيمن شهد أن أباه كان مقرراً بوطء جارية، فهلك عنها أبوه، وهى حامل، قال: لا يقبل شهادته، ولا يرث معه فى حفظه، وإنما هو عبد للورثة، ولو شهد أن أباه كان أقر لولد من امرأة حرة، ورث معه فى حفظه خاصة، ما لم يكن سفيهاً مولى عليه. قال عيسى: وقاله ابن القاسم.

ومعنى ذلك أنه أقر بحمل جارية، فالولد عبد لجميع الورثة، فلا يرث شيئاً من حفظه غيره، وإذا أقر أنه من حرة، فهو حر، فلذلك كان له حق فى حفظه، وعبد بن زمعة انفرد بميراث أبيه؛ لأنهما كانا كافرين وسودة أخته مسلمة، فلم يرثه، ولم يذكر فى الحديث أن النبى ﷺ ورثه، وإنما أضافه إلى عبد إذ أقر بأنه أخوه، وهو المنفرد بميراث أبيه، فلا يحل له بيعه، ولا يثبت بذلك نسبه؛ لأن النسب إنما يلحق الأب، فلا يلزمه ذلك بقول عبد إلا على وجه الشهادة عليه، فيلزمه ذلك إذا كملت الشهادة، والله أعلم.

وظاهر قوله: «هو لك يا عبد بن زمعة» أنه ملكك لكنك قد أقررت له بالحرية، فأنت أعلم بقولك فى ذلك فيما يخصك، وذلك لو أقر رجل بشيء فى يده لصح أن يقال له إنه لك، بمعنى أنه قد كان لك منعه، فإذا أقررت به لغيرك، فأنت وذاك.

وقال الطحاوى: معنى قوله: هو لك، أنه ببسبك، لا أنك تملكه، ولكن يمنع منه غيرك. وقال الطبرى: هو لك عبد، وهذا أيضاً غير صحيح إن كان يريد به بعد الإقرار، وإن كان أراد به قبل الإقرار، فهو على ما قدمناه. وقال الشافعى: معناه هو لك أخ، وأنه ﷺ حكم به لزمنة، وسيأتى ذكره بعد إن شاء الله تعالى.

مسألة: وأما الجد، فهل يصح استلحاقه فى كتاب ابن سحنون عن مالك: لا يصح ذلك إلا من الأب. قال سحنون: وما علمت بين الناس فى ذلك اختلافاً. وقال أشهب: يستلحق الأب والجد.

ووجه قول مالك وابن القاسم ما قدمناه، ولأن كل ما لا يصح استلحاقه فى حياة الأب، لا يصح استلحاقه بعد موته كالأخ.

ووجه قول أشهب أن النسب يلحق به، فجاز استلحاقه له كالأب، فاجد مختلف فى استلحاقه، والأب متفق على صحة استلحاقه، وسائر الأقارب متفق على نفي استلحاقهم، فلا يستلحق عم ولا ابن عم ولا أحد من القرابة غير من ذكرنا، قاله مالك وابن القاسم وجماعة العلماء.

مسألة: فإذا ثبت أنه لا يستلحق إلا الأب، فمن أقر أن فلاناً أخوه أو عمه أو ابن عمه أو مولاه، فإنه يشارك في ميراث من قد توفي ممن يوجب لهما ذلك الإقرار ميراثه، وذلك مثل أن يموت رجل ويترك ولداً، فيقر ذلك الولد بآخر، فإنه يرث معه أباه، فيأخذ نصف ما ترك من المال، ولكن لا يثبت نسبه بذلك، ولو ترك الميت ولدين، فأقر أحدهما بثلاث، فإنه يدفع إليه ما كان يستحقه مما بيده لو ثبت نسبه، ولا يدفع الآخر إليه شيئاً إلا أن يكون المقر له عدلاً، فيحلف مع شهادته، ويأخذ مما بيد الآخر حصته أيضاً، ولكن لا يثبت بذلك نسبه من الميت، ولو أقر له جميعاً بأنه أخ لهما، وهما من أهل العدل لثبت نسبه بشهادتهما، وهذا كله قول مالك وجمهور أصحابه.

ووجه ذلك أنه من أقر له بالأخوة، فهو مقر له بمال في يده، فيقضى عليه بإقراره على نفسه، ويقال له أنت أعلم بذلك، ولا يقضى على الميت بإلحاق نسبه به؛ لأنه لا يلحق به إلا بشهادة كاملة، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من قال فلان أخى أو عمى أو ابن عمى أو وارثى، فلا يخلو أن يكون ثم نسب معروف، فإن كان ثم نسب معروف يخالف ما أقر به، فما ثبت بالبينة أولى من دعواه.

وإن لم يكن ثم نسب، فمات المقر، فالذى عليه مالك وجمهور أصحابه: أنه إن لم يكن للمقر وارث مستحق لذلك، فإن المقر له يرثه من باب الإقرار، ولا يثبت نسبه بذلك، وقاله أصبغ وسحنون ثم قال: لا ميراث له؛ لأن المسلمين يرثونه.

وجه القول الأول قول النبي ﷺ في هذا الحديث: «هو لك يا عبد بن زمعة» وهذا يقتضى إضافته إليه على ما ادعاه، وقد قلنا إن نسبه لا يثبت بذلك، فلم يبق أن يضيفه على شيء مما ادعاه، إلا أن يثبت بينهما بذلك توارث على وجه ما، وهو ما فضل عن ميراث من يثبت نسبه.

ووجه القول الثانى لسحنون ما احتج به ابنه، وذلك أنه قال: إنما اختلف أصحابنا وأهل العراق في مثل هذا لاختلافهم في أصل المسألة؛ لأنهم قالوا إن من لم يكن له وارث معروف جاز له أن يوصى بجميع ماله لمن أحب، فلذلك جوزوا إقراره لمن ذكرناه من القرابة، وأصحابنا لا يجيزون له ذلك، وإنما يجيزون له الثلث فقط.

وهذا الذى قاله ابن سحنون غير بين؛ لأن الإقرار بالوارث ليس طريقه طريق الوصية، وإنما طريقه طريق الإقرار بالوارث، وليس طريقه بالمال على وجه ما فيصح



إقراره بجميع ماله، ما لم يكن يمنع من ذلك الوجه مانع، وهو أقوى منه كما لو أقر لرجل في مرضه بدين يستغرق جميع ماله، ثم يموت، فإن ذلك يستحق جميع ماله بدينه ذلك ولو ثبت عليه دين يستغرق جميع ماله لأخذ جميع ماله، وبطل إقراره لمن أقر له في مرضه.

ومما يدل على أن هذا ليس طريقه طريق الوصية أنه لا اختلاف بين أصحابنا أنه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث، وهم كلهم غير ابن سحنون وأشهب يجعلون المال للمقر له بالنسب، ومما يبين ذلك أيضاً أن سحنون وسائر أصحابنا يقولون: من أقر بعد موت أبيه بأخ قاسمه مال أبيه، ولا يثبت له بذلك نسب، ولو كان هذا على وجه الوصية لما أخذ شيئاً منه إلا بعد موت المقر على وجه الوصية، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»<sup>(١)</sup> الفراش عند أصحابنا هي الأمة

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٠١/٨: في هذا الحديث وجوه من الفقه، وأصول حسام، منها الحكم بالظاهر؛ لأن الرسول عليه السلام حكم بالولد للفراش، على ظاهر حكمه وسننه، ولم يلتفت إلى الشبه، وكذلك حكم في اللعان بظاهر الحكم، ولم يلتفت إلى ما جاءت به بعد قوله: «إن جاءت به كذا فهو للذي رميت به» فجاءت به على النعت المكرره، ومن ذلك قوله عليه السلام: فأقضى له على نحو ما أسمع منه». وفي هذا الحديث دليل على ما كان عليه أهل الجاهلية، من استلحاق أولاد الزنا. وقد كان عمر بن الخطاب، رضى الله عنه، يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام ذكره مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار: أن عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.

قال أبو عمر: هذا إذا لم يكن هناك فراش؛ لأنهم كانوا في جاهليتهم يسافحون ويناكحون، وأكثر نكاحاتهم على حكم الإسلام غير جائزة، وقد أمضاها رسول الله عليه السلام، فلما جاء الإسلام أبطل به رسول الله عليه السلام، حكم الزنى، لتحريم الله إياه وقال: للعاهر الحجر فنفى أن يلحق في الإسلام ولد الزنى وأجمعت الأمة على ذلك، نقلاً عن نبيها عليه السلام، وجعل رسول الله عليه السلام كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقاً به على كل حال، إلى أن ينفيه بلعان، على حكم اللعان، وقد ذكرناه في موضعه من كتابنا هذا وأجمعت الجماعة من العلماء أن الحرة فراش، بالعقد عليها، مع إمكان الوطء. وإمكان الحمل، فإذا كان عقد النكاح يمكن معه الوطء والحمل فالولد لصاحب الفراش، لا ينفي عنه أبداً بدعوى غيره ولا بوجه من الوجوه إلا باللعان.

واختلف الفقهاء في المرأة يطلقها زوجها في حين العقد عليها بحضرة الحاكم أو الشهود فتأتى بولد لستة أشهر فصاعداً من ذلك الوقت عقيب العقد، فقال مالك، والشافعي: لا يلحق به؛ لأنها ليست بفراش له، إذ لم يمكنه الوطء في العصمة، وهو كالصغير أو الصغيرة الذين لا يمكن منهما الولد، وقال أبو حنيفة: هي فراش له، ويلحق بها ولدها.

٣٤٠ ..... كتاب الأقضية

لأنها تصير فراشاً بإقرار السيد بالوطء. ومعنى ذلك أن الولد لصاحب الفراش.

قال القاضي أبو الوليد: ويحتمل عندى أن يكون المراد بالفراش ما يفترش، وذلك أن الوطء غالباً إنما يكون على شيء يفترش فيكون معناه، والله أعلم أن السيد إذا وطئ أمته، فقد اتخذ لها فراشاً، وأن الولد منسوب إلى صاحب الفراش، وهو سيد الأمة التى جعل لها فراشاً، وهو أحق به من غيره. وقال أصحاب أبى حنيفة: معنى الفراش، الزوج، وما قالوه غير معروف فى اللغة، وقد بينت ذلك فى كتاب السراج.

ومعنى ذلك أن السيد إذا أقر بوطء أمة فأنت بولد لمثل ما يولد منه وقت الإقرار لحق به الولد، وبه قال الشافعى ومنع من ذلك أبو حنيفة.

وقوله عليه السلام: «الولد للفراش» عام فى الحرية والأمة، فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل.

---

= واختلف الفقهاء فى الأمة فقال مالك: إذا أقر بوطئها صارت فراشاً، فإن لم يدع استبراء لحق به ولدها، وإن ادعى استبراء حلف وبرئ من ولدها يمينا واحداً، واحتج بعمر بن الخطاب فى قوله، لا تأتى وليدة يعترف سيدها إن قد ألم بها، إلا ألحقت به ولدها، فأرسلوهن بعد، أو أمسكوهن، وقال العراقيون؛ لا تكون الأمة فراشاً بالوطء حتى يدعى سيدها ولدها، وأما إن نفاه فلا يلحق به، سواء أقر بوطئها أم لم يقر، وسواء استبرأ أو لم يستبرأ.

وأجمع العلماء على أن لا لعان بين الأمة وسيدها، وأجمع جمهور الفقهاء أيضاً على أن لا يستلحق أحد غير الأب؛ لأن أحداً لا يؤخذ بإقرار غيره عليه، وإنما يؤخذ بإقراره على نفسه، ولا يقر أحد على أحد، ولو قبل استلحاق غير الأب، كان فيه إثبات حقوق على الأب بغير إقراره، ولا بينة تشهد عليه وقد أباه الله ورسوله. قال الله عز وجل: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ وقال عليه السلام لأبى ربيعة فى ابنه: «إِنَّكَ لَا تَجْنِي عَلَيْهِ، وَلَا يَجْنِي عَلَيْكَ». وفى هذا كله ما يدل على أن رسول الله عليه السلام إنما حكم بالولد لزمة؛ لأن فراشه قد كان معروفاً عنده، والله أعلم، لا أنه قضى به لعبد بن زمة بدعواه على أبيه، هذا أولى ما حمل عليه هذا الحديث، والله أعلم؛ لأن فيه قول عبد بن زمة، أخى، وابن وليدة أبى ولد على فراشه، فلم ينكر عليه رسول الله عليه السلام، قوله: ولد على فراشه، فدل على أنه علم بوطء زمة لوليدته، فلذلك لم ينكر الفراش، وكانت سودة بنت زمة زوجته عليها السلام، ومثل هذا لا يخفى من أفعال الصهر على صهره، فلما لم ينكر قول عبد بن زمة، ولد على فراشه، دل على أنه قد كان علم بأنها كانت فراشاً له بمسه إياها، فقضى بما علم من ذلك، ولولا ذلك لم يلحق الولد بزمة، بدعوى أخيه؛ لأن سسته المحتمم عليها أنه لا يؤخذ أحد بإقرار غيره عليه.

إلا أن هذا التأويل ما يوجب قضاء القاضى بعلمه، وهو مما يأباه مالك، وأكثر أصحابه. انتهى.

ودليلنا من جهة القياس أن هذه حرمة تثبت بعقد النكاح، فثبتت بالوطء في ملك اليمين. أصل ذلك حرمة المصاهرة.

فصل: وأما قوله ﷺ: «وللعاهر الحجر» فمعناه إذا ادعى صاحب الفراش من أمة أو حرة، وأما إن لم يدعه، ففي المدنية أن محمد بن عيسى سأل ابن كنانة عن قوم أسلموا بجماعتهم، وتحملوا إلى دار الإسلام، فادعى بعضهم ولد زنية، أيلحق به، قال: نعم، من حرة كان الولد أو من أمة إلا أن يدعيه معه سيد الأمة أو زوج الحرة، فيكون أولى به؛ لأن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وقاله ابن القاسم.

فصل: وقوله ﷺ: «وللعاهر الحجر» العاهر هو الزاني. وقال عيسى: سئل سفيان بن عيينة عن ذلك، فقال: كان العهر في أهل الجاهلية ظاهراً، وهو الزنا، وكان أهل الجاهلية يقولون الزنا ما ظهر منه، فهو آثم، وما كان خفياً أو متخذة خدناً، فلا بأس به، فأنزل الله تبارك وتعالى: ﴿قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن﴾ وأنزل: ﴿ولا متخذات أخدان﴾.

فلما جاء الإسلام كان من عهر بأمة يملكها غيره أو حرة تزوجها غيره، فالذى ولد على فراشه أحق به، وقضى ﷺ بالحجر للعاهر على معنى، والله أعلم، يستحق بفعله الرجم لا الولد، وإن كان لا يرجم زاني المشركون لكنه ﷺ لم يخرج قوله ذلك على معنى الاختصاص بأحكام المشركون، بل على سبيل العموم.

فلما قصد أن يثبت الزنا والعهارة أخبر عنه بأشد أحكامه في الدنيا لأن منهم من حكمه جلد مائة أو جلد خمسين، وعلى حسب ما تتنوع إليه الأحكام في ذلك، ويحتمل أن يريد بقوله: «وللعاهر الحجر»<sup>(١)</sup> أنه لا شيء له من الولد، ولا يحصل له من ذلك الزنا غير طرده بالحجارة.

فصل: وقوله: «ثم قال لسودة: احتجبي منه»<sup>(٢)</sup> معنى ذلك، والله أعلم، أنه لم يثبت

(١) قال السيوطي: «الحجر» أى له الخيبة ولا حق له في الولد وعادة العرب أن تقول: له الحجر وبفيه الأثلب، وهو التراب ونحو ذلك، ويريدون ليس له إلا الخيبة، وقيل المراد بالحجر هنا أنه يرجم. وقال النووي: وهذا ضعيف لأنه ليس كل زان يرجم وإنما يرجم المحصن خاصة ولأنه لا يلزم من رجمه نفى الولد عنه. انظر: تنوير الحوالك ١١٨/٢.

(٢) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٠١/٨: أما قول رسول الله ﷺ، في هذا الحديث: «احتجبي منه يا سودة» فقد أشكل معناه قديماً على العلماء، فذهب أكثر القائلين بأن الحرام لا يحرم الحلال، وأن الزنى لا تأثير له في التحريم إلى أن قوله ذلك، كان منه على وجه الاختيار =

٣٤٢ ..... كتاب الأقضية

نسبه، وإنما أقر له عبد بالأخوة، ولم يكن بذلك أخاً لسودة، ولا يثبت بذلك نسب ولا توارث ولا حكم من أحكام الأخوة، فيكون بذلك من ذوى محارمها.

ولذلك لو توفى رجل وترك ابناً وبناتاً فأقر الابن بأخ من أبيه لأخذ من تركته الأب ما يستحقه من حصة الابن المقر، ولم يأخذ مما بيد الأخت شيئاً، ولا كان لها بذلك أخاً، ولا ذا محرم، فلا يحل له أن يدخل عليها، لأنه أجنبي منها حين لم يثبت نسبه من أبيها، فعلى هذا جرى حكم سودة مع الذى ادعاه أخوها، والله أعلم.

وقال الكوفيون، فى قول النبى ﷺ: «احتجبى منه يا سودة» دليل على أنه جعل للزنا حكماً تحرم به رؤية المستلحق لأخته سودة، فقال لها: «احتجبى منه يا سودة» لما رأى من شبهه بعتبة، فمنعها من أخيها فى الحكم؛ لأنه ليس بأخيها فى غير الحكم؛ لأنه من زنا فى الباطن إذا كان شبيهاً بعتبة فجعله كالأجنبي لا يراها بحكم الزنى، وجعله أخاً لها بحكم الفراش.

قالوا: وما حرمه الحلال، فالزنى أشد تحريماً له، وهذا غير صحيح لما قدمناه، وهو عائد عليهم؛ لأن الحلال يؤيد التحريم فى الأخوة، فكان يجب أن يؤيده الزنا أكثر، ويحرم النكاح، وهذا مما لا خلاف فى إبطاله.

وقال الشافعى: رؤية ابن زمعة لسودة مباح فى الحكم، ولكنه كرهه، وأمرها بالتنزه عنه اختيئاراً.

قال أصحابه: لما كان للزوج منع زوجته من رؤية أخيها، وهذا أيضاً ليس بصحيح؛ لأنه لو كان مباحاً لما نهاها عنه، وأمرها بقطع رحمه، وقد أمر ﷺ عائشة أن يدخل عليها عمها من الرضاعة، وقال لها: «هو عمك فليلج عليك» (\*) مع ما علم من غيرته

---

=والتنزه، فإن للرجل أن يمنع امرأته من رؤية أخيها. هذا قول أصحاب الشافعى، وقالت طائفة: كان ذلك منه لقطع الذريعة، بعد حكمه بالظاهر، فكأنه حكم بحكمين: حكم ظاهر، وهو الولد للفراش، وحكم باطن، وهو الاحتجاب من أجل الشبهة، كأنه قال: ليس بأخ لك يا سودة إلا فى حكم الله بالولد للفراش، فاحتجبى منه، لما رأى من شبهه لعتبة، قال ذلك بعض أصحاب مالك، وضارح فى ذلك قول العراقيين، وأما الكوفيون فذهبوا إلى أن الزنى يحرم، وإن له فى هذه القصة حكماً باطناً أوجب الحجاب، والحكم الظاهر لحاق ابن وليدة زمعة بالفراش. وقد وافقهم ابن القاسم فى أن الزنى يحرم من نكاح الأم والابنة ما يحرم النكاح، خلاف الموطأ، وقد قال المزنى فى معنى هذا الحديث غير ما تقدم.

(\*) أخرجه مسلم ١٠٦٩/٢ كتاب الرضاع رقم ٧٢، عن عائشة. أبو داود برقم ٢٠٥٧، =

ﷺ، وقال: «أتعجبون من غيرة سعد، لأننا أغير منه، والله أغير منا»<sup>(\*)</sup>.

ودخل على عائشة وعندها رجل، فقال: «من هذا؟ فقالت: أخى من الرضاعة، فقال: انظرون من إخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة»<sup>(\*)</sup>. ومع ذلك فقد أمرها أن يلج عليها عمها من الرضاعة، والشبه لا تأثير له فى الأنساب.

وقال أبو إبراهيم المزنى: يحتمل أن يكون النبى ﷺ أجاب عن المسألة، فأعلمهم بالحكم أنه كذلك يكون إذا ادعى صاحب الفراش الولد، وصاحب زنى لا على أنه يلزم عتبة دعوى أخيه سعد، ولا يلزم زمعة دعوى ابنه عبد، وبين ذلك بقوله لسودة: «احتجى منه» وهذا أصبح هذه الأقوال، وهو نحو ما ذهبنا إليه، والله أعلم وأحكم.

**فصل:** وقول عائشة: «لما رأى من شبهه بعتبة» تأول منها، وقد تعلق بهذا سعد، وقال: «ابن أخى عتبة» نظر إلى شبهه بعتبة، فلم يحكم له بذلك، ولا رآه معنى موجباً لما ادعاه، وقد يتشابه الناس، ولا تنتقل بذلك أنسابهم عما استقرت عليه من الانتساب إلى نسب معروف أو الجهالة بالنسب والعدم لمن ينسب إليه.

وقد قال القاضى أبو محمد فى معونته: الاعتبار بالشبه فى إلحاق النسب واجب، ولم يبين موضع الحكم بذلك، واحتج فيما ادعاه بحديث عائشة هذا.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وهو عندى دليل على المنع من ذلك بما قدمته، واحتج بقوله ﷺ فى قضية هلال بن أمية: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: «لولا ما مضى من كتاب الله عز وجل لكان لى ولها شأن» وهذا أيضاً عندى حجة على المنع من ذلك لأنه لم يحكم فى شيء من ذلك بالشبه، بل أمضى الأمر على ما كان قبل الولادة من حكم اللعان الثابت بكتاب الله عز وجل وظاهر قوله.

---

= ٢٨٥/٢ كتاب الطلاق، عن ابن عمر. النسائى ١٠٣/٦ كتاب النكاح باب لبن الفحل، عن عائشة. ابن ماجه برقم ١٩٤٨، ٦٢٧/١ كتاب النكاح، عن عائشة. البيهقى فى الكبرى ٤٥٢/٧، عن عائشة.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٦٨٤٦، ٧٤١٦. مسلم حديث رقم ١٤٩٩. أحمد فى المسند حديث رقم ١٧٧٠٣. الدارمى حديث رقم ٢٢٢٧.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٦٤٧، ٥١٠٢. مسلم حديث رقم ١٤٥٥. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٣١٢. أبو داود حديث رقم ٢٠٥٨. ابن ماجه حديث رقم ١٩٤٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٤١١١، ٢٤٥٥٢، ٢٤٨٩٠، ٢٥٢٦٢. الدارمى حديث رقم ٢٢٥٦.

وقد يجوز أن يكون ما قالته عائشة أكد معنى احتجاب سودة منه، فأما أن يوجب ذلك، فلا، كما لم يوجب ذلك التشابه نسبة إلى عتبة، وإنما تعلقت به عائشة على وجه الترجيح وتقوية غلبة الظن، والله أعلم، ولذلك ترجح به عند تساوى الأسباب المثبتة للنسب على وجه مخصوص من علم يختص به القافة، ولو كان كل شبه يثبت به النسب لما اختص بعلم ذلك القافة، ولوجب أن يستدل به على إثبات الأنساب، ولا يقصر على الترجيح دون الاستدلال.

وقد قال بعض أصحابنا: إن هذا من الحكم بالذرائع لما تأول فى ذلك من حكم بالنسب لعبد وراعى التحريم فى جنبة سودة، فمنعه الدخول عليها، وهذا بعيد؛ لأن هذا أولى من معنى الذرائع، وقد فسرنا معنى الذرائع فى البيوع.

وإنما كان يكون لو صح ما تأوله من باب تغليب الحظر على الإباحة، وهو وجه قد قال به كثير من العلماء، وقالوا: إن ذلك كالأمة تكون بين الشريكين، فإنه محرم على كل منهما وطؤها تغليبا للحظر على الإباحة، وما قلناه أولا أبين.

ولو حكم بثبوت نسبه من زمعة لحكم بإباحة دخوله على سودة، ألا ترى أن الرجل ينفى ولده ويلاعن، فينتفى عنه، ويحرم بذلك دخوله على بناته، ثم يستلحقه فيلحق به، ويباح بذلك الدخول على بناته.

فصل: وقوله: «فما رآها حتىلقى الله» امتثالا لأمر النبى ﷺ وانتهاء إلى حده وامتناع مما منع منه؛ لأنه لم يثبت بينهما أخوة، ولو ماتت سودة لم يرثها لما حكم به فى أمرهما إلا أن يثبت نسبه.

١٤٠٢ - مَالِك عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْهَادِي، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْحَارِثِ التَّمِيمِيِّ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أُمَيَّةَ أَنَّ امْرَأَةً هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا، فَاعْتَدَتْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ حِينَ حَلَّتْ فَمَكَثَتْ عِنْدَ زَوْجِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفَ شَهْرٍ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا تَامًّا، فَجَاءَ زَوْجُهَا إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَدَعَا عُمَرُ نِسْوَةً مِنْ نِسَاءِ الْجَاهِلِيَّةِ قَدَمَاءَ، فَسَأَلَهُنَّ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَتِ امْرَأَةٌ مِنْهُنَّ: أَنَا أَخْبِرُكَ عَنْ هَذِهِ الْمَرْأَةِ، هَلَكَ عَنْهَا زَوْجُهَا حِينَ

حَمَلَتْ مِنْهُ، فَأُهْرِيقَتْ عَلَيْهِ الدَّمَاءُ، فَحَشَّ وَلَدُهَا فِي بَطْنِهَا، فَلَمَّا أَصَابَهَا زَوْجُهَا الَّذِي نَكَحَهَا وَأَصَابَ الْوَلَدَ الْمَاءُ تَحَرَّكَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِهَا، وَكَبِرَ، فَصَدَّقَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا، وَقَالَ عُمَرُ: أَمَا إِنَّهُ لَمْ يَبْلُغْنِي عَنْكُمَا إِلَّا خَيْرٌ، وَالْحَقَّ الْوَلَدُ بِالْأَوَّلِ.

الشرح: قوله: «أن امرأة هلك عنها زوجها فاعتدت أربعة أشهر وعشرًا» يريد كملت عدة الوفاة، فذكر أيام العدة، ولم يذكر الحيض غير أن قول المرأة آخر الحديث: «فأهريق على الدماء» دليل على أنه كان من الأربعة أشهر وعشر حيضة.

فصل: وقوله: «ثم تزوجت حين حلت، فمكثت عند زوجها أربعة أشهر ونصف شهر، ثم ولدت» يريد أنها مكثت عند الزوج أربعة أشهر ونصف شهر «فأتت بولد تام» يريد أنه لم يكن على وجه الاستسقاط؛ لأن السقط لا يختص بوقت دون وقت، فلو كان سقطاً لم ينكره، وأما الولادة فلها وقت لا تتقدم عليه ولا تتأخر عنه، فأقل الحمل الذي لا يجوز أن تتقدم عليه الولادة ستة أشهر، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

والدليل عليه ما نبه عليه علي بن أبي طالب رضى الله عنه من قوله تعالى: ﴿وَحَلِهِ وَفَصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ﴾ فاقضى ذلك أن الحمل ستة أشهر.

فرع: وأما الذى يراعى فى الأشهر، قال أكثر أصحابنا: ستة أشهر على الإطلاق. وقال فى العتبية ابن القاسم: ستة أشهر، مقدار انفصالها بالأهلة فصاعداً.

ومعنى ذلك أن تكون أشهر مدة الحمل على الأهلة بعضها من تسعة وعشرين يوماً، فإن ذلك لا يخرجها عن أن تكون ستة أشهر كاملة.

وقال مطرف وابن الماجشون فى الواضحة: إن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثانى، فهو للأول، وإن لم يكن بين وطئهما إلا يوم.

ومعنى ذلك أن تكون الستة أشهر كملت لوطء الأول بذلك اليوم، وهذا يقتضى مراعاة اليوم الواحد فى تمام ستة أشهر أو نقصها، فعلى هذا يتخرج على قول ابن القاسم أن تعتبر أيامها بوقت الوطء، فإن كان قبل الفجر اعتدت بذلك اليوم، وإن كان بعد الفجر لم تعتد به، وعلى قول سحنون يعتبر به ويكون تمام الستة أشهر ذلك الوقت من آخر أيامها، والله أعلم وأحكم.

فرع: والستة الأشهر يختبر آخرها بالسقط والولادة، وأما أولها فوقت دخول الزوج الثاني أو السيد الثاني بها.

فصل: وقوله: «فأتى زوجها إلى عمر بن الخطاب» وذلك يقتضى أنه أنكر الحمل فى مثل هذه المدة، فذكر له ما أنكر من ذلك، ولم يعهده، فدعا عمر نسوة من نساء الجاهلية قدماء لما اعتقد من معرفتهن بمثل هذا لما قد عهدن من الولادات، وتكرر عليهن من ذلك فى طول العمر من المعتاد وغيره.

وهذا يقتضى أنه لم يستتبط مدة الحمل من الآيتين المتقدمتين، ولذلك احتاج إلى سؤال النساء، ويحتمل أنه علم هذا الحكم من الآيتين أو غيرهما، ولكنه سأل النساء ليعلم هل يصح خفاء الحمل على المرأة مع استيفائها انقضاء عدتها بأربعة أشهر وعشر مع صدقها فيما ادعته من الحيض، «فقال له منهن من ادعت العلم: أنا أخبرك عن هذه المرأة، إن زوجها هلك عنها حين حملت» تريد أول الحمل، وقبل أن يقوى «فأهريقته عليه الدماء» تريد أنها حاضت الحيضة التى كملت بها عدتها مع الأربعة الأشهر والعشر «فحش ولدها فى بطنها». قال عيسى: معناه ضعف ورق.

قال ابن كنانة، من رواية محمد بن عيسى: انحش، قال: وذلك مثل البضعة تلقى على الجمرة، فتقبض، وذلك الانقباض هو الانحياش. وقال صاحب العين: حش الولد فى البطن، إذا يبس، والمرأة محش.

فصل: وقولها: «فلما أصابها الذى نكحها، وأصاب الولد الماء، تحرك فى بطنها فكبر» يريد أن الولد يضعف بعدم الماء ويكبر ويقوى إذا أصابه ماء الرجل، وأن ولد تلك المرأة إنما كان ضعف عن الحركة، وصغر لعدم الماء، فلما أصابه ماء الرجل الذى تزوج أمه، قوى على الحركة وكبر، فصدقها عمر بذلك لما تبين له قولها، واعتقد أنه لا يكون ولد لأقل من ستة أشهر، وأن سبب ما ظهر من انقضاء العدة وما ظهر بعد ذلك، وكمل من الولادة ما قالته المرأة.

فصل: وقوله: «وفرق بينهما، وقال: إنه لم يبلغنى عنكما إلا خير» يريد فرق بينهما لأنه تزوج فى عدة، ولا يصح عقد فى عدة، ويفسخ على كل حال.

وقوله: «لم يبلغنى عنكما إلا خير» إظهار لقبوله عذرهما، وأنه لا يظن بهما إلا الخير الذى بلغه عنهما، وأنه لو ظن بهما غير ذلك من تعد بجهل أو علم لما سلما من العقوبة.



فصل: وقوله: «وألحق الولد بالأول» يريد ألحق نسبه به لما لم يصح أن يكون من الثاني، وصح أن يكون من الأول؛ لأنه لم يمض من المدة مقدار أقل الحمل.

١٤٠٣ - مَالِك عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَانَ يُلِيطُ أَوْلَادَ الْجَاهِلِيَّةِ بِمَنْ ادَّعَاهُمْ فِي الْإِسْلَامِ، فَأَتَى رَجُلَانِ كِلَاهُمَا يَدَّعِي وَلَدَ امْرَأَةٍ، فَدَعَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَائِفًا، فَنَظَرَ إِلَيْهِمَا، فَقَالَ الْقَائِفُ: لَقَدْ اشْتَرَكَا فِيهِ، فَضَرَبَهُ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ بِالْدَّرَّةِ، ثُمَّ دَعَا الْمَرْأَةَ، فَقَالَ: أَخْبِرِينِي خَبْرَكَ، فَقَالَتْ: كَانَ هَذَا، لِأَحَدِ الرَّجُلَيْنِ يَأْتِينِي، وَهِيَ فِي إِبِلٍ لِأَهْلِهَا، فَلَا يُفَارِقُهَا حَتَّى يَنْظُنَّ وَتَنْظُنَّ أَنَّهُ قَدْ اسْتَمَرَ بِهَا حَبْلٌ، ثُمَّ انْصَرَفَ عَنْهَا، فَأَهْرَيْقَتْ عَلَيْهِ دِمَاءً، ثُمَّ خَلَفَ عَلَيْهَا هَذَا، تَعْنِي الْآخَرَ، فَلَا أَدْرِي مِنْ أَيِّهِمَا هُوَ؟ قَالَ: فَكَبَّرَ الْقَائِفُ، فَقَالَ عُمَرُ لِلْغُلَامِ: وَالِ أَيُّهُمَا شِئْتَ.

الشرح: قوله: «أن عمر كان يليب أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام» يريد أنه كان يلحقهم بهم وينسبهم إليهم وإن كانوا الزينة.

وروى عيسى عن ابن القاسم في جماعة يسلمون، فيستلحقون أولادًا من زنى، فإن كانوا أحرارًا، ولم يدعهم، أحد لفراش فهم أولادهم، وقد أُلِيطَ عمر من ولد في الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام إلا أن يدعيه معهم سيد الأمة أو زوج الحرة؛ لأن النبي ﷺ قال: الولد للفراش، وللعاهر الحجر» ففراش الزوج والسيد أحق، والألطة هي الإلحاق، قال: ومن ادعى من النصارى الذين أسلموا أولادًا من الزنا فليلاطوا بهم؛ لأنهم يستحلون الزنا في دينهم، فجعل ذلك باستحلالهم الزنا.

وروى ابن حبيب عن مالك من أسلم اليوم، فاستلأط ولدًا بزنا في شركة، فهو مثل حكم من أسلم في الجاهلية. وقال ابن الماجشون: لا يؤخذ بقولهم فيمن كان من ولادة الجاهلية والنصرانية. وروى أشهب عن مالك أنه إنما يؤخذ بقول القافة فيما يلحق من الولد، وأما في بغايا أهل الجاهلية، فلا.

مسألة: فمن استلحق منهم ولد أمة مسلم أو نصراني، لحق به، فإن عتق يومًا، كان ولده وورثه، رواه عيسى عن ابن القاسم، وقال: إلا أن يدعيه زوج الحرة أو سيد الأمة فيكون أحق به.

٣٤٨ ..... كتاب الأفضية

ومعنى ذلك أنهم إذا استحلوا الزنا، وأثبتوا به الأنساب لم يبطل تلك الأنساب الإسلام كالتكاح الفاسد، فإذا ادعى ذلك بعد الإسلام، حكم له بما تقدم له منه فى الجاهلية، وإنما يلحق به إن لم يكن مدع ثم أحق به منه.

مسألة: ولا يخلو أن يكون المدعى للولد من قوم بقوا فى بلادهم، إما بأن أسلموا فبقوا فى بلادهم أو أقروا فيها بصلح تصالحوا عليه، ثم أسلموا أو أسلم بعضهم أو افتتحت بلادهم عنوة، فأقروا فيها ثم أسلموا بعضهم أو يكونوا متحملين عن مواطنهم إلى بلاد المسلمين.

فإن كانوا أقروا فى بلادهم، وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك: أن كل قرية افتتحت عنوة فسكنها المسلمون، فليتوارثوا بقرابتهم بالنسب.

وروى يحيى عن ابن القاسم فى أهل العنوة يتوارثون كأهل الصلح، وقاله أشهب، قال: ويعتبر ذلك بأهل مصر وأهل الشام غلبوا عنوة أيام عمر، فما زالوا يتوارثون إلى اليوم.

مسألة: وإن كانوا متحملين عن أوطانهم، فلا يخلو أن يكونوا عددًا كثيرًا أو يسيرًا، فإن كانوا كثيرًا يبعد عنهم التواطؤ على الكتمان كأهل مصر أسلموا أو جماعة لهم عدد، فتحملوا إلينا، وفى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك، أنهم يتوارثون بأنسابهم.

قال ابن القاسم: وإن كانوا عشرين، فأما نفر مثل سبعة وثمانية، فلا يتوارثون. قال سحنون: لا أرى العشرين عددًا يتوارثون، فاتفقا على أن العدد الكثير يتوارثون بأنسابهم دون العدد اليسير، واختلفا فى تقديره، فعند ابن القاسم: أن العشرين فى حيز الكثير، وعند سحنون فى حيز اليسير.

فصل: وقوله: «فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة أنه ولده» يريد أنه أتى رجلان كل واحد منهما يدعى ولد امرأة أنه ولده لما تقدم له مع أمه من الحال التى كان يلاط ولدها به، ولعل عمر قد فهم منها وجه ادعاء كل واحد منهما له أنه وجه أشكل به على الحكم فى أفراد أحدهما به، وقد وجد من أحدهما وطؤها بعد الآخر قبل الاستبراء، وذلك يكون على ثلاثة أوجه، أحدها: أن يكون كل واحد منهما وطئ بنكاح. والثانى: أن يكون كل واحد منهما وطئ بزنا، يلحق فيه النسب.

فأما إذا كان وطؤهما جميعًا بنكاح، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الثانى،

كتاب الأقضية ..... ٣٤٩

فهو للأول، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر من وطئه، ففي المدونة: إن وطئها الثاني قبل أن تحيض، فهو للأول، وإن وطئها بعد حيضة أو حيضتين في عدة طلاق أو وفاة، فهو للثاني.

مسألة: وأما إذا كان وطء كل واحد منهما بملك اليمين، فوطئ الأول، ثم وطئ الثاني بعد استبراء من الأول، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر، فهو للأول؛ لأنه لا يصح حمل من أقل من ستة أشهر، وإن أتت به بعد ستة أشهر، فهو للثاني؛ لأنه قد وجد الاستبراء من وطء الأول، ويصح أن يكون من وطء الثاني.

مسألة: وإن وطئ الثاني بعد الأول دون استبراء من وطء الأول، فأنت به لأقل من ستة أشهر، فهو للأول، رواه أصبغ عن ابن القاسم في العتبية. وزاد مطرف وابن الماجشون في الواضحة: سواء كان سقطاً أو تاماً، حياً أو ميتاً، ولو لم يكن وطئهما إلا يوم. فأما الحمل، فلا خلاف عند مالك وأصحابه في اعتبار الأشهر الستة بين الوطأين.

وأما الإسقاط، فقد قال ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون في ذلك ما تقدم. وقال سحنون في كتاب ابنه في وطء الأمة الشريكين أو المتبايعين: إن أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها: أنها تعتق عليهما، ويضمن المشتري الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها ونصف الثمن.

وجه قول ابن القاسم ومن قال بقوله ما حملوا عليه الأمة من أنها في ضمان البائع قبل الستة أشهر، فكل ما أصابها قبل ذلك من موت أو غيره قبل أن يظهر بها حمل أو بعده ما لم تحض، فهي من البائع؛ لأن الاستبراء لم يتم، والمدة مختصة بالحمل، فكل سقط أو ولد يكون فيه، فهو له.

فإن أكملت الستة أشهر، فضمانها من المبتاع، وكذلك إذا ولدته ميتاً كانت له أم ولد؛ لأنه قد تعذر النظر إليه؛ لأن الذي يولد ميتاً لا يعلم أنه لعله قد كان مما يولد قبل ستة أشهر لكنه بقي ميتاً، فلما لم يعلم أن ذلك وقت ولادته لم يدع له القافة لأنه إنما يدعى القافة لما ولد الولادة المعتادة التي يعتبر بها في إثبات النسب.

فأما الولادة التي لا يعتبر بها في ذلك، فلا مدخل للقافة فيه، وإنما يعتبر بالوقت خاصة، فما كان قبل الستة أشهر، فهو للأول، وما كان بعدها فهو للثاني.

ووجه ما قاله سحنون أن السقط لا يختص بوقت؛ لأنه قد يصح أن يكون من شهر وأقل وأكثر، فلما اشتركا فيه وتعذر تمييزه وإلحاقه بأحدهما من جهة الوقت أو القافة،

٣٥٠ ..... كتاب الأقضية

وجب أن يكون الأمر بينهما فيضمنان الأم، إذا ليس التزام ذلك أحدهما بأولى من الآخر، ولما كان السقط بعد ستة أشهر يمكن أن يكون من كل واحد منهما، ولا يختص بأحدهما ولا يتميز أمره بالنظر إليه حمل على أنه منهما، وكذلك السقط بعد ستة أشهر لجواز أن يكون مات قبل ستة أشهر، والله أعلم.

مسألة: وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر، فقد قال ابن القاسم في العتبية: تقارب الوطئان أو تباعد، والولد حي، فهو الذى يدعى له القافة، وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة، وبه قال مالك والشافعى.

وروى عن عمر وابن عباس وأنس وعطاء بن أبى رباح والأوزاعى، ومنع منه الكوفيون وأكثر أهل العراق. وروى عن عمر وعلى بن أبى طالب، وقالوا: إذا ادعى رجلان ولداً، فهو لهما وكانت أمه أم ولدتهما، فإن ادعاه ثلاثة لم يكن ولداً لهما عند أكثرهم.

والدليل على ما نقوله ما روى عن عائشة أن رسول الله ﷺ دخل عليها تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم ترى أن محرزاً المدلجى قال فى أقدام زيد وأسامة: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» (\*) ولولا أن قولهم ذلك صادر عن علم يلزم التعلق به لما سراً به، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن وضعته ميتاً؟ قال ابن القاسم في العتبية: سقطاً أو تاماً، فإن كان بعد ستة أشهر، فهو من الميتاع والولد له، وهى أم ولده، ولا قافة فى الأموات. وقال سحنون فى السقط: أنه منهما على ما تقدم.

وقول ابن القاسم: لا قافة فى الأموات، يحتمل أن يريد به من ولد ميتاً. وقد قال سحنون: إن مات بعد وضعه حياً، دعى له القافة إذ لا يغير الموت شخصه، ولعله أراد أن الذى يولد ميتاً لا يدرى متى مات.

فرع: ولو مات أحد الأبوين، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون، ورواه ابن سحنون عن أبيه: ينظر القافة إلى الولد، والباقي من الأبوين، فإن ألحقوه به لحق، وإن لم يلحقوه به، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: أنه لا يلحق به، ولا بالميت.

---

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٥٥٥، ٣٧٣١، ٦٧٧٠، ٦٧٧١. مسلم حديث رقم ١٤٥٩. الترمذى حديث رقم ٢١٢٩. أبو داود حديث رقم ٢٢٦٧. ابن ماجه حديث رقم ٢٣٤٩. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٣٥٧٩.

قال ابن حبيب عن أصبغ: يلحق بالميت لأن الميت أقر بالوطء، فلولاً وطء الآخر للحق به من غير قافة، فإذا بطل أن يكون من وطء الحى، وجب أن يكون للميت، والقولان مبنيان على أن القافة لا تنظر إلى ابن ميت.

وقد ذكر فى كتاب ابن سحنون: أن القافة لا تلحق بابن ميت، وقد تقدم قول سحنون: أنه ينظر إلى الابن بعد أن يموت إذا ولد حياً. وقال: إن الموت لا يغير شخصه.

فوجه ذلك عندى أن الأب من شرط إلحاق الابن به أن يدعيه، فيجب أن يكون حين الإلحاق به مدعياً له، فإذا مات فقد عدم ذلك فلم يصح الإلحاق به، والابن ليس من جهة إقرار ولا إنكار، فجاز أن يكون حين الإلحاق به حال موته.

وأما على قول ابن الماجشون وتعليقه أن الميت من الأبوين لو كان حياً لجاز أن ينفيه عنه القافة، فيصح أن يريد بذلك أن الأب لما لم يصح الإلحاق به بالقافة دون دعواه، لم يصح أن ينفى عنه بالقافة وتحرير ذلك، والذي يتحقق منه أن ادعاء الأب الابن على مذهب ابن الماجشون يجب أن يكون مقارناً لإلحاق القافة الابن به.

وعلى قول أصبغ يجوز أن يلحقه القافة به بدعوى متقدمة، ويصح أن يريد ابن الماجشون بذلك أن الميت لا ينظر إليه لأن التغيير يلحقه، فعلى هذا لا يجوز أن ينظر إلى الابن إذا مات، وإن كان قد ولد حياً.

فصل: وقوله: «فدعا عمر قائفاً فنظر إليهما» يريد أنه نظر إليهما وإلى الولد، ويحتمل أن يكون عمر اقتصر على القائف الواحد لما لم يجد غيره، ويحتمل أنه اقتصر عليه لتحقيق جواز الحكم.

وقد روى ابن حبيب عن مالك: أنه يجزئ القائف الواحد، إن كان عدلاً، ولم يوجد غيره، وهو قول الشافعى، وعليه جماعة أصحابنا إلا ما روى أشهب عن مالك: أنه لا يجزئ إلا قائفان. وبه قال عيسى بن دينار.

وجه القول الأول أن هذه طريقة الخبر عن علم يختص به القليل من الناس كالطبيب والمفتى.

وجه القول الثانى أنه يختص بسماعه، والحكم به، بالحكام، فلم يجز فى ذلك أقل من اثنين كالشهادات. وقد قال عيسى: لا يجزئ من ذلك إلا أهل العدل لما كان طريق ذلك عنده طريق الشهادة.

٣٥٢ ..... كتاب الأقضية

مسألة: ولم يختلف قول مالك وأصحابه فى القول بالقافة فى أولاد الإمام. وأما أولاد الحرائر، فالمشهور عنه أنه لا يدعى لهم القافة.

وجه القول الأول أنه يجوز أن يشترك السيدان فى ملكها، ويجوز أن يشتريها الرجل، ولم تستبرأ من الأول، وذلك ممنوع فى الحرة، فلما كثرت أسباب الاشتراك فى الإمام دون الحرائر، اختص أولادهن بحكم القافة. ووجه القول الثانى، وبه قال الشافعى، أن المرأة تلحق ولدها.

فصل: وقول القائف: «لقد اشتركا فيه» يريد أنه من واطئين لكل واحد منهما فيه نصيب وتأثير، ولعله كان ذلك لما رأى فيه من شبه كل واحد منهما، «فضربه عمر بالدرة»، لعله أن يكون فعل ذلك به لما رأى فيه من العجلة، واعتقد فيه من التقصير عن النظر الذى يلحقه بأحدهما.

فصل: وقوله: «فدعا عمر المرأة، فقال: أخبرينى خبرك» على معنى الاجتهاد فى طلب الحق لعله أن يجد فى قولها ما يقوى الحق عنده أو ما يتسبب به إلى معرفة الحق، ومثل هذا يلزم الحاكم، فإنه من وجوه الاجتهاد إن سئل عن الحكم قبل إنفاذه، ويتسبب إلى معرفة الحق أو غلبة الظن من كل وجه يمكنه ذلك فيه.

فصل: وقول المرأة: «أن أحدهما كان يأتيها ولا يفارقها حتى يظنا أنه قد استمر بها حمل، ثم انصرف عنها، فأهريقته عليه دماء، ثم خلف عليها الآخر، فلا أدري من أيهما هو» تريد أنه أشكل عليها أيضاً الأمر؛ لأن الأول لم يفارقها إلا وقد ظنت أنها حامل منه، ولم تتحقق الأمر، ثم أهريقته عليه دماء، ثم واقعها الآخر بعد ذلك، فأشكل عليها الأمر لأنها لعلها لم تر الدم مدة حيضة كاملة يقع بها الاستبراء، وإنما رآته دفعة، ولذلك لم تقل أنها حاضت، وإنما قالت أنها رأت الدم الذى يكون به استبراء.

ويحتمل أن يكون ذلك حكم بغايا الجاهلية لأنه لم يستبرأ الوطء الأول ولا الثانى إلى نكاح، ولا ملك يمين، وأما فى الإسلام، فإذا وطئ الثانى بعد حيضة كاملة، وأتت به لستة أشهر فهو له دون الأول، لأن ذلك مسند إلى ملك اليمين.

فصل: وقوله: «فكبر القائف» يريد أنه لما جاء من خبر المرأة ما يصدق قوله، كبر كفعل الغالب الذى صح قوله، وتبين فعله، فقال عمر للغلام: «وال أيهما شئت» يقتضى أن الغلام ممن يصح منه أن يختار ويميز ويكون له قصد.

قال ابن حبيب: وكذلك قال ابن القاسم، ورواه عن مالك فى الأمة تأتى بولد من وطء الشريكين، فيقول القائف له: لقد اشتركا فيه، فليوال أيهما شاء.

وروى ابن حبيب عن مطرف: بل يقال للقافة ألحقوه بأصحابهما به شبهاً، فقد اشتركا فيه، ولا يترك وموالة من أحب، وقاله ابن نافع وابن الماجشون.  
قال سحنون: وقد قال لى غير ابن القاسم: إنه ليس له موالة أحدهما إذا بلغ، ويبقى ابناً لهما.

وجه القول الأول ما روى عن عمر أنه قال له: «وال من شئت منهما» ومثل هذه القضية مما يشيع وينتشر، ولم يخالفه أحد من الصحابة، فثبت أنه إجماع. ومن جهة المعنى أنه لا يصح الاشتراك فى النسب، ولذلك لم يجوز أن يتزوج رجلان امرأة لما كان فى ذلك من الشرك فى النسب، ويصح أن يتزوج الرجل المرأتين لما لم يؤد إلى ذلك، فإذا لم يوجد وجه يختص منه بأحدهما رد ذلك إلى اختيار الولد، فوالى أحدهما، وكان ابناً له دون الآخر، وإنما يكون ذلك إذا لم يمكن إلحاقه بأحدهما.

ووجه قول مطرف أنه قد اشترك فيه الرجلان، ولكن يلحق بأقواهما شبهاً به فى المعانى التى توجب الإلحاق، فيغلب ذلك. وأما التخيير، فإن الأنساب لا تثبت به ولا تأثير له فيها.

ووجه القول الثالث أن النسب أصله وحقيقته يكون مخلوقاً من مائه على الوجه الذى يخلق به، فلما ظهر إلينا أنه مخلوق من مائهما، وجب أن يكون ابناً لهما.

قال: وسمعت مالكا يقول: فإذا قلنا إنه يوالى من شاء، فمتى يكون له ذلك؟ روى ابن حبيب عن ابن القاسم عن مالك: أن ذلك إذا بلغ. وقال أصبغ: وروى ابن زيد عن أصبغ: أن ذلك له إذا عقل، وإن لم يبلغ الحلم.

وجه القول الأول أن ذلك وقت تلزمه الأحكام، ويحكم عليه بإقراره.

وجه القول الثانى أن هذا طريقه الاختيار، فإذا عقل، صح اختياره، فكان له أن يوالى من شاء.

فرع: ومن الذى ينفق عليه إلى وقت الاختيار؟ روى عيسى عن ابن القاسم: ينفقان عليه جميعاً. وقال أصبغ: النفقة على المشتري حتى يبلغ حد الموالة.

وجه القول الأول أنه لما كان موقوفاً لهما لم يكن أحدهما أحق بالإنفاق عليه دون الآخر، فلزمهما الإنفاق عليه.

وجه القول الثانى أن للمشتري اليد، فكانت عليه النفقة.

٣٥٤ ..... كتاب الأفضية

فرع: فإذا اتفقا عليه، فوالى أحدهما، قال عيسى: لا يرجع الآخر بما أنفق. وقال أصبغ: ما أنفق الذى لم يواله، يرجع به على الذى والاه.

وجه القول الأول أنه أنفق عليه على غير وجه السلف، ولم يعتقد الإنفاق عليه، فلم يرجع به عليه كما لو لم يعرف له والد يواليه.

وجه القول الثانى أنه إنما أنفق عليه ليرجع به على مستحق ولايته كالعبد يوقف فينفق عليه المتداعيان ثم يستحقه أحدهما.

مسألة: فإن بلغ، وقال: لا أولى واحداً منهما، فقال سحنون: ذلك له، ويكون ابناً لهما.

وجه ذلك أن هذه حال لم يجبر فيها، فلم يختص بولاء أحدهما. أصل ذلك حال الصغر، وهما أحق بولايته من غيرهما، فكان ذلك لهما لأنه قد ساوى بينهما كما لو والاهما.

١٤٠٤ - مَالِكُ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَوْ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ قَضَى أَحَدَهُمَا فِي امْرَأَةٍ غَرَّتْ رَجُلًا بِنَفْسِهَا، وَذَكَرَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَتَزَوَّجَهَا، فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا، فَقَضَى أَنْ يَفْدَى وَلَدَهُ بِمِثْلِهِمْ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَالْقِيَمَةُ أَعْدَلُ فِي هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

الشرح: قوله: «أن عمر بن الخطاب أو عثمان» على وجه الشك منه أو ممن بلغه ذلك منه «قضى فى أمة غرت رجلا بنفسها، وذكرت أنها حرة» يريد أن الأمة قد تغر من لا يعرف أنها أمة بنفسها، وتزعم أنها حرة فيتزوجها، فإن علم بذلك والزوج ممن يحكم له بحكم الأرقاء كالمكاتب والمدبر والمعتق بعضه والمعتق إلى أجل، فإن ولدها رقيق لسيدها.

وجه ذلك أنه إن بيع الأب، فحكم الرق يلحقه، فكان تبعاً للإمام.

مسألة: وإن كان الزوج حراً، وقال: تزوجتها على أنها حرة، وقال سيدها: بل على أنها أمة، ففى كتاب محمد. الزوج مصدق ويأخذها بقيمة ولدها يوم الحكم.

---

١٤٠٤ - أخرجه البيهقي فى السنن الكبرى ٢١٩/٧. وذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم



كتاب الأقضية ..... ٣٥٥

وروجه ذلك أن الحرية الأصل، وأحكامها ثابتة دون إثبات، فكان القول قول مدعى ذلك دون مدعى اشتراط الرق؛ لأنه حكم طار لا يثبت إلا بالإقرار.

مسألة: وإذا ثبت أنه تزوجها على الحرية، فاستحقت بالرق، فليسيدها أخذها، وقيمة ولدها، وهو معنى ما قضى به عمر أو عثمان إذا قال: «قضى أن يفدى ولده بمثلهم» وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي. وقال أبو ثور: الولد رقيق، ولا قيمة فيهم.

وجه قول مالك أن الولد تبع في الرق والحرية، فمن ملك الأم، ملك ولدها غير أن الأب لم يتزوجها على حرة، فقد تزوج على حرية ولده، فكان له شرطه، وكان للسيد مثلهم عوض المثل من مال من استحق حریتهم ومال من اشترطهم لهم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك: على الأب، ووجب أن يكون ذلك قيمتهم يوم الحكم، وبه قال أبو حنيفة والشافعي:

قيمتهم يوم ولدوا.

وقال المغيرة: والدليل على ما ذهب إليه مالك أنه إنما اعتبر في قيمتهم صفتهم يوم الحكم لأنهم لم يكونوا في ضمان الأب، ولم يكن هذا الحكم مستغنياً عن حاكم، فلما احتاج إلى حاكم، اعتبرت صفة المحكوم فيه يوم الحكم؛ لأن ذلك من تمام الاستحقاق. وقال ابن المواز: قد أخطأ من قال: القيمة يوم الولادة، ولو كان ذلك لكان عليه ذلك، وإن مات الولد.

فرع: وإن كان للولد مال حين التقويم، ففي المدونة: يقوم بغير ماله، وقد اختلف فيه.

مسألة: وهذا إذا كان الأولاد أحياء، فإن كانوا قد ماتوا، فلا شيء للمستحق من قيمتهم إلا أن يكونوا قتلوا؛ فأخذ الأب الدية. فقد قال ابن القاسم: للمستحق الأقل من قيمتهم، أو ما أخذه السيد من ديتهم، وكذلك لو ضرب بطن الأم، فألقت جنيناً، فأخذ الأب فيه غرة. وقال أشهب: لا شيء على الأب في شيء من ذلك كله.

وجه قول ابن القاسم أن هذا العوض إنما أخذه الأب بدلاً من ولد الجارية الذين استحق السيد قيمتهم، فكان للسيد أن ينتزع من الأب ما أخذ من قيمتهم، إلا أن يأخذ أكثر من قيمتهم، فلا ينتزعه منهم؛ لأنه لا يستحق إلا القيمة.

وروجه قول أشهب أن القيمة إنما تكون للأب بالحكم، والحكم لم يدرك الولد، فلم

٣٥٦ ..... كتاب الأقضية

يكن للسيد حق فيهم. قال محمد: وقول أشهب صواب، وذهب إلى هذا، ولا ابن القاسم أن يقول: إن الحكم قد أدرك الدية وللحاكم أن يحكم فيها كما كان يحكم في الولد لأنها بدل منهم، والله أعلم.

فصل: وقوله: «أن يفدى ولده بمثلهم» قد اختلف قول مالك فيمن أتلف شيئاً من الحيوان أو العروض التي لا تكال ولا توزن، فقال مرة: في ذلك المثل. وقد قال ذلك فيمن باع بغيراً أو استثنى جلده حيث يجوز ذلك، ثم استثنى المشتري البعير، فإن الذي استثناه شيء في جلده، يريد مثله، ثم قال: «أو قيمته والقيمة أعدل».

والقول الذي عليه يعتمد من مذهب مالك: أن في ذلك كله القيمة، وإنما المثل فيما يكال أو يوزن، ولما كان هذا الولد من الحيوان كانت القيمة عنده فيه أعدل؛ لأنه أقرب إلى المماثلة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه لا يرجع على الغار بقيمة الولد، وإنما يرجع عليه بالمهر، قاله ابن القاسم. وقال الشافعي: يرجع على الغار بقيمة الولد، ولا يرجع عليه بالمهر.

والدليل على ذلك أنه لم يغره من الولد، وإنما غره بالتكاح الذي أخذ عوضه المهر. فرع: وهذا إذا كان الغار يعلم أنها أمة، فزوجه منها على أنها حرة وادعى أنه وليها، ولو أعلمه أنه ليس بولي لها ثم زوجه منها لم يرجع عليه بشيء، قاله ابن القاسم.

ووجه ذلك أنه ليس بعاقده على الحقيقة.

مسألة: وإذا غرت الأمة من نفسها، فتزوجت على أنها حرة، فدخل بها، فقد قال مالك: لا يؤخذ منها المهر، وبه قال الشافعي. وقال ابن القاسم: أرى أن يؤخذ منها ما فضل عن مهر المثل.

ووجه قول مالك أن المهر لم يدخله فساد، فلذلك ثبت فيه المسمى.

ووجه قول ابن القاسم أن النقص بالرق قد وجد في العوض، فكان للزوج الرجوع بما فضل عنه على عوضه معيباً بعيب الرق.

\* \* \*

### القضاء في ميراث الولد المستلحق

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ الْمُجْتَمَعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يَهْلِكُ،

وَلَهُ بَنُونَ، فَيَقُولُ أَحَدُهُمْ: قَدْ أَقَرَّ أَبِي أَنَّ فُلَانًا ابْنُهُ، إِنَّ ذَلِكَ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ إِنْسَانٍ وَاحِدٍ، وَلَا يَجُوزُ إِقْرَارُ الَّذِي أَقَرَّ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ فِي حِصَّتِهِ مِنْ مَالِ أَبِيهِ، يُعْطَى الَّذِي شَهِدَ لَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنَ الْمَالِ الَّذِي بِيَدِهِ<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ أَنَّ يَهْلِكَ الرَّجُلُ، وَيَتْرَكَ ابْنَيْنِ لَهُ، وَيَتْرَكَ سِتِّمِائَةَ دِينَارٍ فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثِمِائَةَ دِينَارٍ، ثُمَّ يَشْهَدُ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ الْهَالِكُ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا ابْنُهُ، فَيَكُونُ عَلَى الَّذِي شَهِدَ لِلَّذِي اسْتَلْحَقَ مِائَةَ دِينَارٍ، وَذَلِكَ نِصْفُ مِيرَاثِ الْمُسْتَلْحَقِ لَوْ لَحِقَ، وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ الْآخَرُ أَخَذَ الْمِائَةَ الْآخَرَى فَاسْتَكْمَلَ حَقَّهُ وَتَبَتَ نَسَبُهُ.

الشرح: وهذا كما قال أن مذهب أهل المدينة على ساكنها السلام في الذي يتوفى، ويترك ولدين، ويترك ستمائة دينار، أن لكل واحد منهما ثلاثمائة دينار، فإن قال أحدهما أن أباه أقر لرجل أنه ابنه، قيل له قد أقررت له بمال، فينظر إلى ما في يديك مما كان يصير له لو ثبت نسبه فتدفعه إليه؛ لأنك مقر له به.

ولو ثبت نسبه لكان لكل واحد منهم مائة دينار، وقد أخذ هذا ثلاثمائة دينار، فالمائة الزائدة قد أقر بها للمقر به، وبهذا قال مالك. وقال الشافعي: لا يلزمه أن يعطيه شيئاً؛ لأنه أقر له بشيء لا يستحقه إلا من جهة النسب، ولا يثبت نسبه بإقرار أخيه وحده إذا كان من الورثة من يرفعه عنه.

والدليل على ما نقوله أن إقراره يتضمن شيئين، أحدهما: النسب، وهذا إقرار على غيره؛ لأنه لا يثبت بمجرد قوله، والثاني إقرار بمال في يده، فلزمه فيه كما لو وفي رجل وترك ولداً واحداً، فأقر بأخ ثبت نسبه عند الشافعي، وقاسمه المال باتفاق.

مسألة: وقال أبو حنيفة: يلزم المقر أن يدفع إليه نصف ما بيده دون المنكر.

والدليل على ما نقوله أنه إنما أقر على نفسه وعلى أخيه، فإن المقر يستحق مثل حق كل واحد منهما مما بأيديهما، والذي كان يجب له بذلك من الستمائة مائتان، فقد أقر له مما بيده بمائة، وشهد له على أخيه بمائة أخرى مما بيده، فإن كان من أهل العدل، وشهد له شاهد آخر بمثل ذلك لم يستحق من يد المقر له غير مائة، ومن يد المنكر مائة

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٢٠.

٣٥٨ ..... كتاب الأقضية

أخرى، والله أعلم. وقد اتفقوا أنه لو أقر به الأخوان لأخذ حصته من يد كل واحد منهما.

مسألة: ولا يخلو هذا الإقرار أن تكون التركة عيناً أو عرضاً، فإن كانت عيناً، فعلى ما تقدم وإن كانت عرضاً مثل أن يترك المتوفى عبداً أو أمة، فأخذ المقر العبد وأخذ أخوه الأمة، ثم أقر أحد الأخوين بأخ.

قال ابن ميسر: فهذا قد أقر بثلاث العبد وثلاث الأمة، وقد كان للمقر قبل الإقرار نصف كل واحد منهما في الإنكار، فأقر في كل نصف وجب بثلاث ذلك النصف وهو سدس العبد، فلما باع نصفه في الأمة بنصف أخيه في العبد ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة.

وأما ثلث العبد فواجب له؛ لأن سدسه كان بيده وسدس آخر عاوض فيه أخاه، فابتاع ما لا يحل له كمن اشترى شيئاً ثم أقر أنه لآخر، فليسلمه إليه، فقد وجب له ثلث العبد بكل حال، وهو مخير في سدس الأمة أن يأخذ منه قيمته أو يأخذ منه سدس العبد الذى باعه، فيصير له نصف العبد، وللمقر نصف، هذا الذى ذكره أحمد بن ميسر.

وقال أبو أيوب البصرى: إن قول أهل المدينة: أنه يعطيه ثلث العبد الذى صار له، ويضمن له سدس قيمة الأمة؛ لأنه باع ذلك بدس من العبد وهو مقر أنه لأخيه. قال الشيخ أبو عمر: وهذا الذى قاله أبو أيوب هو الصواب، وليس فيه تحيير؛ لأن الذى أقر له به من العبد اشترى نصفه بسدس الأمة الذى كان بيد أخيه من العبد الذى كان بيده.

مسألة: فإن مات المقر لم يرثه، وإنما يرثه أخوه الثابت النسب، قاله سحنون فى العتبية.

ووجه ذلك أن الإقرار لا يورث به إلا مع عدم وارث ثابت النسب، ولهذا المقر أخ ثابت النسب، فلا يرثه المقر له. قال سحنون: ولو لم يكن له وارث غير المقر له لورثه.

ولو مات المقر له، فقد قال سحنون: يرثه المقر به والمنكر له. قال يحيى بن عمر: يأخذ المقر من تركته بدءاً مثل ما كان أعطاه ثم يكون ما بقى بينهما لأن المنكر جحده إياه.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وكان عندى يجب أن ينظر إلى ما كان يستحقه بما أخذه المنكر من مال أبيه، لو ثبت نسب المقر له، فإن كانت مائة دينار

كتاب الأقضية ..... ٣٥٩  
أضيفت إلى مال المقر له، فإن كان ذلك ثلاثمائة دينار أخذ منها المقر له مائة وخمسين،  
وبقيت خمسون من مال المقر له، فوقفت.

فإن أقر به المنكر دفعت إليه، وكمل بذلك وبالمائة التي كان يأخذها منه ما لو أقر به  
تمام نصيبه من ميراثه، وذلك مائة وخمسون، فإنما المائة الدينار التي بقيت بيده من تركه  
أبيه بمنزلة الدين عليه للمقر له، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «أقر له الآخر، استكمل حقه، وثبت نسبه» يريد لأن الأخوين، قد  
شهدا له بالنسب، وهما من أهل العدل، ويجب على هذا إذا كان أحدهما شاهداً له أن  
لا يثبت له بذلك نسبه مع يمينه، لأن النسب يثبت بشاهد ويمين، ولا يستحق بذلك  
المال؛ لأنه قد استحقه الثابت بالنسب، ولم يكن هناك وارث معروف، فقد روى يحيى  
ابن يحيى عن ابن القاسم: أنه يقضى له بالمال لوجه الميراث، ثم لا يثبت له بذلك نسب.

وروى الشيخ أبو محمد عن أشهب: أنه لا يستحق المال حتى يثبت له النسب بما  
تثبت به الأنساب، وذلك مثل أن يتوفى رجل ويترك مالا، ويأتى من يدعى أنه ابنه فيقيم  
شاهداً واحداً، فعلى قول ابن القاسم: يحلف، ويستحق المال دون النسب، وعلى قول  
أشهب: لا يستحق شيئاً.

وجه قول ابن القاسم أنه قد ينفصل المال من النسب، وكذلك إذا أقر أحد الورثة  
بولد واستحق ما يتضمنه إقراره بما فى يده من المال، ولا يثبت بذلك نسبه.

وجه قول أشهب أن هذا المال إنما يستحق من جهة النسب، فإذا لم يثبت النسب  
لم يستحق شيئاً من جهته كسائر أسباب الاستحقاق، وليس هاهنا مقر بحق ينفرد به  
فلزمه تسليمه، وإنما يدعى حقاً ثابتاً لجماعة المسلمين، فلا سبيل له إليه إلا بعد إثبات  
النسب الذى يستحق به، والله أعلم وأحكم.

قال مالك: وَهُوَ أَيْضًا بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ تَقْرُّ بِالذَّيْنِ عَلَى أَبِيهَا أَوْ عَلَى زَوْجِهَا، وَيُنْكَرُ  
ذَلِكَ الْوَرَثَةُ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَدْفَعَ إِلَى الَّذِي أَقَرَّتْ لَهُ بِالذَّيْنِ قَدْرَ الَّذِي يُصِيبُهَا مِنْ ذَلِكَ  
الَّذِينَ لَوْ ثَبَتَ عَلَى الْوَرَثَةِ كُلِّهِمْ، إِنْ كَانَتْ امْرَأَةً وَرَثَتِ الثَّمَنَ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ  
ثَمَنَ ذَيْنِهِ، وَإِنْ كَانَتْ ابْنَةً وَرَثَتِ النِّصْفَ، دَفَعَتْ إِلَى الْغَرِيمِ نِصْفَ ذَيْنِهِ عَلَى  
حِسَابِ هَذَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَنْ أَقَرَّ لَهُ مِنَ النِّسَاءِ.

الشرح: وهذا على ما قاله أن مسألة الإقرار تجرى مجرى ما ذكره من المرأة تقر بدين

٣٦٠ ..... كتاب الأقضية

على موروثةا، وينكر ذلك سائر الورثة، فإن كانت بنتاً ترث النصف، فإنما يلزمها من الذين بقدر ذلك، وهو نصفه، وإن كانت زوجة ترث الثمن؛ لأن للميت ولداً أو ولد ابن إنما عليها من الدين ثمنه، ولو لم يكن له ولد ولا ولد ابن، فورثت الربع لكان عليها من الدين ربعه.

وكذلك الوارث إذا كانت أنثى ترث مع المقر له الثلث، فإنما عليه أن يدفع إليه ما صار إليه زائداً على الثلث، ولو كانت زوجة لها الثمن، فأقرت بابن للميت لم يكن عليها أن تعطيه شيئاً لأن موروثةا دونه ومعه لا يزيد، ولا ينقص، فلا يؤثر إقرارها فيما بيدها.

وقال ابن حبيب: أصحاب مالك كلهم يرون هذا القول من مالك وهما؛ لأنه لا ميراث لوارث إلا بعد قضاء الدين، فيجب له أن يأخذ من المقر بالدين دينه. وأما الوارث، فإنه وارث مع المقر، وليس بوارث قبله، فلذلك أخذ منه ما ينوبه.

وروى هذا ابن المواز عن أشهب، وهذا الذي قاله ابن حبيب ليس بصحيح، بل أصحاب مالك على ما قاله مالك، وهو الصحيح، وقد أنكره أصحابنا على ابن حبيب، وما اختاره ابن حبيب هو قول أبي حنيفة، واختار ابن المواز قول ابن القاسم.

والدليل على صحة ما ذهب إليه مالك أن من أقر من الورثة بالدين بمنزلة شهادة الشهود به، ولو شهدت به بيعة لأخذ من كل واحد منهم قدر حصته من الدين، وكذلك إذا أقروا به.

وقد قال الشيخ أبو بكر الدين كالميراث إلا أن يكون الدين محيطاً بالميراث، فإنه يؤخذ من المقر جميع ما بيده؛ لأنه لو ثبت الدين بشهادته لأخذ منه جميع ما بيده.

وروجه قول أشهب أنه لو قامت بيعة بالدين، فلم يجد بيد أحدهما شيئاً لأخذ مما بيد الآخر جميع حقه، وإنما استغرق ما بيده ثم يرجع ذلك على أخيه بما ينوبه من ذلك فذلك إذا أقر به أحدهما، وأنكره الآخر، أخذ من المقر جميع حقه.

وتحريمه أو الإنكار معنى يمنع المقر له من استيفاء حقه من سائر الورثة، فأوجب له استيفاء جميع حقه ممن لا يمنع الاستيفاء منه مانع. أصل ذلك العدم.

قَالَ مَالِكُ: وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ عَلَى مِثْلِ مَا شَهِدَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ أَنَّ لِفُلَانٍ عَلَى أَبِيهِ دَيْنًا، أُحْلِفَ صَاحِبُ الدَّيْنِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ، وَأُعْطِيَ الْغَرِيمُ حَقَّهُ كُلَّهُ، وَلَيْسَ هَذَا

بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّ الرَّجُلَ تَحُوزُ شَهَادَتُهُ، وَيَكُونُ عَلَى صَاحِبِ الدِّينِ مَعَ شَهَادَةِ شَاهِدِهِ أَنْ يَحْلِفَ، وَيَأْخُذَ حَقَّهُ كُلَّهُ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ أَخَذَ مِنْ مِيرَاثِ الَّذِي أَقْرَأَهُ قَدْرَ مَا يُصِيبُهُ مِنْ ذَلِكَ الدِّينِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَأَ بِحَقِّهِ، وَأَنْكَرَ الْوَرِثَةَ، وَجَازَ عَلَيْهِ إِقْرَارُهُ.

الشرح: وهذا كما قال أنه إن شهد رجل من الورثة بمثل ما شهدت به المرأة أن لهذا الغريم على ابنه ديناً، وكان الشاهد من أهل العدل، فإن الغريم يحلف مع شهادته، ويستحق جميع الدين الذي شهد له به شاهده.

وإن كان الشاهد إنما أورد ذلك على سبيل الإقرار، فإنه لا ينافي في الشهادات، ويخالف ذلك المرأة، فإنه لا يحلف المدعى مع شهادتها حتى يكون الاثنان من أهل العدل، فيحلف مع شهادتهما فإن أبى الغريم أن يحلف استحق على المقر له من دينه بقدر حصته من الميراث، ولم يحتج في استحقاق ذلك إلى يمين، وكذلك لو كان المقر غير عدل لاستحق عليه من دينه بقدر حصته من الميراث، ومن ادعى عليه العلم من الورثة وأنكر ذلك في حقه، لزمته اليمين إذا لم يرد المدعى أن يحلف مع شاهده، والله أعلم.

\* \* \*

### القضاء في أمهات الأولاد

١٤٠٥ - مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رِجَالٍ يَطُّونَ وَلَا تَدُهُمْ، ثُمَّ يَعْزِلُونَهُ، لَا تَأْتِيَنِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدَهَا أَنْ قَدْ أَلَمَّ بِهَا، إِلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا، فَأَعْزِلُوا بَعْدُ أَوْ اتْرُكُوا.

الشرح: قوله: «ما بال رجال يطئون ولا تدهم، ثم يعزلونهن» على وجه الإنكار لمن فعل ذلك.

وقوله: «يعزلونهن» يحتمل معنيين، أحدهما: العزل عتهن، وهو وإن كان غير محرم في الإماماء، فإن غيره أفضل منه لاسيما لمن يريد بذلك أن ينفي عن نفسه ما أتت به من ولد.

١٤٠٥ - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١٣٢/٧، ابن حزم في المحلى ٣٢٢/١٠، ذكره ابن عبد البر في الاستدكار برقم ١٤٢١، والمغنى برقم ٣٩٨/٧، ٥٢٩/٩.

٣٦٢ ..... كتاب الأقضية

وقد روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم فيمن أقر أنه يطأ جاريته، ويعزل، فإن الولد يلزمه إن لم يدع استبراء.

ووجه ذلك أنه لا يتيقن حقيقة العزل، وقد يغلبه أول الماء أو اليسير منه ولا يشعر به. وقال موسى ابن معاوية عن ابن القاسم: ولو قال: كنت أطأ ولا أنزل، لم يلزمه الولد. ووجه ذلك أن عدم الإنزال متيقن، ولا يصح معه ولد.

مسألة: ولو قال: كنت أطأ بين الفخذين، فأنزل، ففي كتاب ابن المواز: يلزمه الولد في الأمة، ولا يلتعن في الحرة.

وهذا يحتمل معنيين، أحدهما: أن يريد بذلك قرب الفخذين من الفرج، فإن الماء يصل إليه قبل لا تغير والاستحالة، فيلحق منها الولد، وهذا يبعد عندي؛ لأنه لو جرت العادة بخلق ولد من منى لم ينزل في الرحم لما لزم من ظهر بها حمل حد؛ لأن من وطئ امرأة بين الفخذين لم يكن عليهما حد، فيصح أن يكون الولد من غير جماع، وهذا باطل باتفاق.

والمعنى الثاني: أن مثل هذا يكثر فيه الوهم والغلط، ولا يكاد يتحققه الواطئ في بعض الأوقات.

فصل: والمعنى الثاني الذي يحتمله قوله: «يعزلونها» أن يريد باعتزالهن في الوطء الإزالة لهن عن حكم التبرأ على وجه الانتفاء من ولد الأمة دون استبراء، وإنما يجب أن يكون ذلك بعد وجود معنى يصرف الحمل عنه إلى غيره، وبماذا يكون ذلك؟ المشهور من المذهب أن الاستبراء بالحيض. وفي كتاب ابن سحنون عن المغيرة: لا تبرأ منه إلى خمس سنين.

وجه القول الأول أن الاستبراء يبطل حكم الوطء بملك اليمين، وإن لم يكن بعده وطء لغيره كما لو أعتقها أو وهبها لامرأة.

ووجه القول الثاني أن الوطء المباح الذي يلحق به النسب لا يبطل حكمه الحيض دون وطء ينسب إليه الحمل. أصل ذلك الوطء بالنكاح.

فرع: فإذا قلنا إن الاستبراء يبطل حكم الوطء، فالمشهور من مذهب مالك وأصحابه أنه يجزئ من ذلك حيضة واحدة. قال سحنون: وهو الذي ثبت عندنا عن مالك. وروى عبد الملك عن مالك: ثلاث حيض، وإليه رجع المغيرة.



كتاب الأقضية ..... ٣٦٣

وجه القول الأول أن هذا استبراء وطء بملك اليمين، فأجزأ في ذلك حيضة واحدة كالاستبراء في البيع والشراء.

وجه القول الثاني أن الحيض إذا لم يقترن به انتقال من الملك لضعف، فلا يقع للمرأة منه إلا بثلاث حيض. وأما الحيضة الواحدة، فإنما يقع البراءة بها مع الانتقال إلى ملك، ولذلك تأثير، ألا ترى أن الزوج إذا طلق امرأته فتعتد بثلاثة أقراء وتزوج بعده، فتأتى بولد لستة أشهر من وقت نكاح الثاني، فلا يلحق بالأول، ولو لم ينتقل إلى ملك زوج آخر، وأتت بولد لتلك المدة وأبعد منها ألحق بالأول.

فرع: وهل يلزمه مع ادعاء الاستبراء يمين؟ قال سحنون: والذي ثبت عندنا عن مالك أن لا يمين عليه. وروى عبد الملك عن مالك أنه يحلف مع ادعائه الاستبراء بثلاث حيض. وقد أنكر ابن المواز ما انفرد به عبد الملك من اليمين. وقد روى ابن مزين عن عيسى: عليه اليمين إذا ادعى الاستبراء.

وجه الرواية الأولى أن الاستبراء معنى يثبت للسيد حكم الانتفاء من الولد، فلم يلزم السيد إثباته باليمين، وكان قوله فيه مقبولا لنفى الواطئ أولا.

وجه الرواية الثانية أن إقراره بالوطء معنى يلحق به الولد، فلم ينف عنه يمين في الزوجة في الأحرار لما كان عقد النكاح يلحق الولد بالزوج لم ينفه إلا يمين، وهو اللعان فيه، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «لا تأتيني وليدة»، يعترف سيدها أن قد ألمَّ بها» يقتضى أنه لا يلزمه ولدها بكونها في ملكه ولكن باعترافه أنه قد وطئها، وهو معنى إلمامه بها، فإذا اعترف السيد بوطء الأمة، وثبت ذلك من اعترافه صارت الأمة فراشاً له، ولزمه كل ولد أتت به إلا أن يقول قد استبرئت بعد الوطء على ما تقدم.

مسألة: فإن ادعى عليه الإقرار بالوطء أو بالولد، وأنكر ذلك، فقد قال أشهب: لا يمين عليه في شيء من ذلك، كان الولد حياً أو ميتاً أو سقطاً.

وجه ذلك أن الأيمان في نفى النسب لا تتعلق بمجرد الدعوى، وكذلك كل يمين يتعلق بها حكم في جنسين، فلا يجب بمجرد الدعوى كالطلاق والعق.

مسألة: فإن شهد بإقراره بالوطء شاهد، ففي كتاب ابن المواز: يلزمه اليمين، وفي غيره إذا قام شاهد على إقراره بالوطء، وشهادة امرأة بالولادة، فلا يمين عليه، وقد قيل

٣٦٤ ..... كتاب الأقضية

يلزمه اليمين، قال: وإنما تجب اليمين إذا شهدت امرأتان بالولادة، وشاهد على إقراره بالوطء أو امرأة على الولادة، وشاهدان على إقراره بالوطء.

وجه رواية ابن المواز أن هذا معنى يقتضى نفى الاسترقاق، فإذا شهد به شاهد لزم السيد اليمين على نفيه كالعق.

وجه الرواية الثانية أن هاهنا فصلين، أحدهما: الإقرار بالوطء، والثاني: الولادة، ولم يثبت أحدهما، ولو أقر بأحدهما، ونفى الآخر لم يثبت به النسب، فلذلك لم يلزم لضعف البينتين.

مسألة: وإن لم ينكر الوطء، ولكنه أنكر الولد؛ لأنه قال: وجدت معها رجلاً وصدفته أو ثبت الزنا بأربعة شهداء، فلا ينفى الولد بذلك وإن كان يعزل عنها حتى يدعى الاستبراء، حكاه ابن المواز.

وجه ذلك أن وطء الزنا لا يلحق به نسب، فلم يكن له حكم الوطء، وكان الوطء الذى يلحق به النسب وهو وطء السيد أولى بالولد كما لو انفرد.

فصل: وقوله: «لا تأتيني وليدة، يعترف سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها» يريد رضى الله عنه ألحقت بالسيد المقر بالوطء، ومعنى ذلك إن أتت به لمدة الحمل من وقت الوطء إلى وقت الاستبراء. قال سحنون: أجمع أصحابنا أنه إذا أقر بوطء أمة، لزمه ما أتت به، ولو إلى أقصى حمل النساء إلا أن يدعى استبراء لم يمسه بعده، فلا يلزمه ما أتت بعد الاستبراء إلا أن تأتى به لأقل من ستة أشهر، لم يلزمه.

وجه ذلك أن استبراء السيد منع إلحاق النسب به، فلا يلحق به بعده إلا ولد يتيقن أنه قد وجد قبل الاستبراء، وذلك أن يأتى لأقل من ستة أشهر لم يلحق به.

فصل: وقوله: «فاعتزلوا بعد أو اتركوا» إعلام لهم بأن ما يأتون به بعد من العزل لا منفعة لهم فيه، ولا ينتفى بذلك ولد عنهم، ولم يرد بذلك التخيير لهم بين الفعل أو الترك، وإنما أراد به ما قدمناه.

١٤٠٦ - مَالِك عَنْ نَافِعٍ، عَنْ صَفِيَّةَ بِنْتِ أَبِي عُبَيْدٍ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رَجَالٍ يَطْئُونَ وَلَا يَدَّهْمُ، ثُمَّ يَدْعُوهُنَّ يَخْرُجْنَ، لَا تَأْتِينِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنَّ قَدْ أَلَمَّ بِهَا إِلَّا قَدْ أَلْحَقْتُ بِهِ وَلَدَهَا، فَأَرْسِلُوهُنَّ بَعْدُ أَوْ أَمْسِكُوهُنَّ.

الشرح: قوله: «ما بال رجال يطئون ولائدهن، ثم يدعونهن بعد يخرجن» يحتمل أن يريد به الخروج والتصرف فى الخدمة التى لا تتصرف فى مثلها السرارى تحفظاً بهن، فإن من تسرى بأمة منعها الخروج جملة أو منعها منه مما يتقى عليها فيه من التصرف فى المواضع المخوفة التى لا يؤمن عليها فيها.

وفى كتاب ابن سحنون عن مالك فىمن يطأ الجارية ثم يرسلها إلى السوق فى حوائجه، لا بأس بذلك، والمرأة الحرة تخرج لحاجتها، ومعنى ذلك الخروج المعتاد إلى السوق والمواضع المأمونة التى فيها جماعة الناس، فلا يمكن الانفراد بها، ولا مخادعتها.

وذكر ابن حبيب أن ابن عمر كان إذا وطئ أمة جعلها عند صفية بنت أبى عبيد حتى يظهر بها حمل أو تحيض، يحتمل أن تكون هذه الأمة قبل ذلك ممن لا تساكن أهلها بل تتصرف بالتكسب للصنائع والعمل أو تكون مع جملة إماءه فى غير دار سكناه مع زوجه صفية.

فإذا وطئها ضمها إلى دار زوجه صفية المذكورة لأنها أحسن لهن، وأمكن من التحفظ بهن، ويحتمل أن تكون قبل ذلك ممن تدخل وتخرج، فإن وطئها منعها ذلك، ولزمت هذه الدار التى يمكن فيها منعها من التصرف حتى يتيقن ما هى عليه من حمل أو براءة رحم بحيض، فعلى هذا التأويل الثانى يحتمل أن يريد عمر: ثم يدعونهن يخرجن، المنع من الخروج جملة.

قَالَ يَحْتَمِلُ: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا جَنَّتْ جَنَائَةً، ضَمِنَ سَيِّدُهَا مَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ قِيَمَتِهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَلِّمَهَا، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَحْمِلَ مِنْ جَنَائَتِهَا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهَا.

الشرح: وهذا كما قال أن أم الولد إذا جنت ضمن سيدها الجنائية، وليس له أن يسلمها؛ لأنه ليس له أن يخرجها عن ملكه بتسليم فى جنائية ولا بيع ولا معاوضة ولا هبة ولا غيرها إلا بالعتق الذى يسقط ما بقى له فيها من الاستمتاع والمنفعة دون التصرف فى رقبته.

وفى هذا خمسة أبواب، أحدها: فى ماذا تصير الأمة به أم ولد. والثانى: فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره. والثالث: فى حكم ما بقى له من المنفعة والتصرف فيها وفى ولدها. الرابع: فى حكم ما لها فى جنائية. والباب الخامس: فى حكمها وحكم ولدها وحكم ما لها إذا توفى.

### الباب الأول: فيماذا تصير الأمة به أم ولد

فى كتاب ابن سحنون عن ابن وهب عن مالك، وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف عن مالك: تكون أم ولد بكل ما أسقطته إذا علم أنه مخلق، وفيه تجب الغرة، وهذا أحد قولى الشافعى.

وقال أشهب: إذا طرحت دمًا مجتمعا أو غير مجتمع، فلا تكون به أم ولد، فإذا صار علقه خرج من حد النطفة والدم المجتمع، وهو أحد قولى الشافعى. وقال ابن القاسم فى المدونة وغيرها: وإن لم يتبين شيء من خلقه، اتفق النساء أنه ولد، مضغة كان أو علقه أو دمًا.

وجه القول الأول ما رواه ابن وهب عن مالك أنه لا يحكم بما يرخيه الرحم بأنه ولد إلا إذا ظهر خلقه وصورته، وهو الذى اختار الطبرى أن يكون معنى مخلقة: مصورة، وإليه ذهب الشافعى.

وأما الدماء فقد ترخىها حيضًا وغيره، فلا يكون ذلك دليلاً على الولد، وقد قيل ذلك فى قوله تعالى: ﴿مَخْلُوقَةٍ وَغَيْرِ مَخْلُوقَةٍ﴾ فيكون مخلقة وغير مخلقة من نعت الصورة.

وروى عن ابن مسعود سمعت رسول الله ﷺ يقول، وهو الصادق المصدق: «يجمع خلق أحدكم فى بطن أمه أربعين يومًا، ثم يكون علقه أربعين يومًا، ثم يكون مضغة أربعين يومًا، ثم يبعث الله ملكًا، فيقول: أكتب عمله وأجله ورزقه وشقى أو سعيد» (\*).

وقال ابن عمر: إذا وقعت النطفة فى الرحم بعث الله ملكًا، فيقول: يارب مخلقة أو غير مخلقة، فإن قال: غير مخلقة مجتهدا الأرحام دمًا، وإن قال: مخلقة، قال: يارب ما صفة هذه النطفة أذكر أم أنثى، ما رزقها، وما أجلها، فعلى هذا المخلقة من صفة النطفة، فما كان مما ترخيه الأرحام مما لم يخلق بعد، وليس بولد، فلا تكون به أم ولد.

ووجه قول أشهب أن الدماء قد ترخىها الأرحام، ولا يكون ولدًا كالحيض والاستحاضة، فلا يكون شيء من ذلك ولدًا، وإنما يكون الولد المضغة لأنه لا يبلغ هذا الحد إلا بما يكون ولدًا.

ووجه قول ابن القاسم أنه قد يعرفه النساء بكثرته وأحواله، فإذا كان يعرف تثبت به حرمة أم الولد كالمضغة.

(\*) أخرجه مسلم حديث رقم ٢٦٤٣. الترمذى حديث رقم ٢١٣٧. ابن ماجه حديث رقم

٧٦. أحمد فى المسند حديث رقم ٣٦١٧.

كتاب الأقضية ..... ٣٦٧

مسألة: ولو أقر بالوطء السيد، وقال لها: لم تلدى هذا الولد، ففى كتاب ابن المواز، قال مالك: هذا لا يخفى على الجيران، وقال مرة أخرى: وهى مصدقة.

وقال فى موضع آخر: هو بها لاحق، وإن لم يعرف الجيران منها حملاً ولا ولادة ولا طلقاً إذا كان معها الولد، وإن لم يكن معها ولد، فقالت: أسقطت أو ولدت، فلا تصدق إلا بمرأتين عادلتين على الولادة، ولا يلزمه بواحدة إلا اليمين عند أشهب.

### الباب الثانى: فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها

هو مذهب مالك وأبى حنيفة والشافعى وجماعة الفقهاء من الصحابة والتابعين، وقد تقدم فى تفسير حديث أبى سعيد الخدرى فى غزوة بنى المصطلق من الدليل على ذلك من جهة السنة ما يغنى عن إعادته.

والدليل على ذلك إجماع الصحابة. روى الشعبى عن عبيدة السلماني قال: خطبنا على بن أبى طالب، فقال: رأى أبى بكر رأيًا ورأى عمر رأيًا عتق أمهات الأولاد حتى مضيا لسيبلهما، ثم رأى عثمان ذلك ثم رأيت أنا بعد بيعهن فى الدين. فقال عبيدة: فقلت لعلى: رأيك ورأى أبى بكر وعمر وعثمان فى الجماعة أحب إلينا من رأيك بانفرادك فى الفرقة، فقبل منى وصدقنى.

فوجه الدليل أنه أخبره أن رأى أبى بكر وعمر وعثمان بالمنع من بيعهن كان فى وقت جماعة، ولم يخالفوا فيه فثبت أنه إجماع. ووجه آخر أنه قال: رأى فى بيعهن فى الدين خاصة، فهذا يقتضى انفراده بهذا القول ثم صدقه، وقبل منه فى إثبات القول الأول، فتجدد بذلك الإجماع أيضًا فى زمن على رضى الله عنه، وبه قال سحنون.

ولما كشف عن أمرهن عبد الملك أخبره ابن شهاب أن المسور قال: إن النبى ﷺ قال: «لا يبيعن فى دين ولا يعتقن من ثلث».

وفيه غضب سعيد على الزهرى حين حدث بمحدثه عبد الملك. وقال مالك: إنه حدثه ابن المسيب قال: إن عمر أعتقهن.

ومن جهة المعنى أن الأمة إذا حملت حرم بيعها لأجل الجنين الذى هو فى حكم عضو من أعضائها، ولذلك لا يجوز أن يفرد بالبيع دونها، ولا تفرد بالبيع دونه، فسرى إليها حكم الحرية كما كان يسرى من تعليق العتق على عضو من أعضائها.

ودليل آخر من جهة القياس أنها حملت بحر فمنع ذلك بيعها. أصله إذا أراد بيعها، وهى حامل.

٣٦٨ ..... كتاب الأقضية

مسألة: وسواء كان عليه دين يحيط بماله أو دين عليه في ثبوت هذا الحكم لها، وهذا إذا كان السيد حرًا مسلمًا، فإن كان غير حر، ففي كتاب ابن المواز: قال محمد: وأحب إلى في ذلك في أم الولد المكاتب والمدبر، إن عتق وهى في ملكه أن تكون به أم ولد، وإن لم يكن لها الآن ولد، كان ما تقدم لها سقط أو ولد.

وذكر ابن سحنون عن أبيه وعن كبار أصحاب مالك مثل ذلك في المكاتب دون المدبر، قال: والفرق بينهما أن للسيد انتزاع أم ولد المدبر عند مالك، وإن لم تكن حاملًا يريدون المدبر، وليس ذلك له في المكاتب، وأيضًا فليس للمكاتب بيعها بإذن السيد، إلا أن يخاف العجز وللمدبر بيعها بإذن السيد.

وقال أشهب وعبد الملك: لا تكون أم ولد بما ولدت بعد عقد التدبير والكتابة والعتق المؤجل، وإن ولدته بعد تمام الحرية في الأب إلا أن للولد حكم الأب.

وقال القاضي أبو محمد: في أم الولد المكاتب خلاف؛ لأنه قد أجاز للمكاتب بيعها من غير دين. وهذا يدل على أنها لا حرية لها بالاستيلاد. وقول آخر، أنه ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين.

قال: فوجه الرواية الأولى أن حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيدها؛ لأنه يعتق بالأداء ويرق بالعجز، فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاد، وجاز له بيعها.

وجه الرواية الثانية أنه قد ثبت لسيدها حرمة العتق بالكتابة.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وجه الرواية الأولى عندى أن ملك سيدها لم يكمل، فلم تحصل أم ولد باستيلادها في تلك الحال كالأمة للعبد القن.

وجه الرواية الثانية أن سيد المكاتب ممنوع من ماله لعقد عتقه لأم ولده حرمة الاستيلاد كالعتق المبطل.

مسألة: وأما أم الولد المدبر، فقد تقدم اختلاف أصحاب مالك فيها. وقال القاضي أبو محمد: فيها عن مالك روايتان، إحداهما: ثبوت الحرمة لها. والثانية: نفيها عنها.

وجه ثبوتها أنه بيع لابنه في عقد العتق الذى يثبت له، فوجب أن لا يثبت لأمه به الحرمة كولد المكاتب.

وجه الرواية الثانية أن أباه لم يثبت له من العتق ما يمنع به سيده من ماله، فلم يثبت لأمه به حرمة الاستيلاد، كذلك العبد القن.

فرع: قال القاضى أبو محمد: فإذا قلنا تثبت لها حرمة الاستيلاد لم يكن لسيدته انتزاعها منه، حاملاً كانت أو غير حامل، فإذا نفينا عنها حرمة الاستيلاد، فإن للسيد انتزاعها قولاً واحداً؛ لأن الولد داخل فى تدبير أبيه، ومثل هذا يتوجه من الخلاف فى أم ولد المعتق إلى أجل لأن محمداً قال: إن قول مالك قد اختلف فى انتزاع أم ولده منه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنما تكون أم ولد بما تلده لأكثر من ستة أشهر من يوم عقد التدبير أو الكتابة أو العتق المؤجل، فإن ولدته لأقل من ذلك لم تكن به أم ولد، قاله ابن المواز. وقال فى موضع آخر: إلا أن يملك المكاتب ما فى بطن أمته الحامل فى الكتابة، فإنها تكون به أم ولد.

وقال أشهب وعبد الملك: إنما تكون أم ولد بما تلده لستة أشهر من يوم عتق أمه، ولا تكون أم ولد بما تلده لأقل من ذلك، قالوا: لأن الولد لم يملكه الأب، وقد جرى منه فيه لغيره حرية، فلا تكون به أم ولد بل تعتق على غير الأب.

مسألة: وإنما تكون أم ولد إذا حملت بملك اليمين، فإذا حملت بنكاح أو ولدت بنكاح، فلا تكون بذلك أم ولد. وقال أبو حنيفة: إن اشتراها الزوج بعد أن ولدت، فإنها تكون به أم ولد.

والدليل على ذلك أنه سبب عتق لم يحصل لها بالولادة، فلم يحصل لها بالشراء كعتق الكتابة والتدبير.

مسألة: وأما إذا حملت بنكاح وولدت فى ملك اليمين كالرجل يتزوج الأمة، فتحمل منه ثم يشتريها، وهى حامل، فلا يخلو أن تكون الأمة لأبيه أو لغيره.

فإن كانت لأبيه لم تكن به أم ولد؛ لأنه قد أعتق على جده، ولم يملكه أبوه. وقد قال محمد فيمن اشترى زوجته، بعد أن أعتق السيد ما فى بطنها: إن شراءه جائز، وتكون بما تضع أم ولد؛ لأنه إنما أعتق ابنه بالشراء، ولم يصبه عتق السيد إذ لا يتم عتقه إلا بالوضع؛ لأنه يباع عليه فى فلسه ويبيعه ورثته قبل الوضع إن شاءوا، وإن لم يكن عليه دين والثالث يحملها، ولو ضربها رجل فألقت جنينها، فإنما فيه ما فى جنين أمة، ولو كان بعد أن اشتراها الزوج فإنما فيه جنين حرة.

مسألة: فإن كانت لغير أبيه، فإنها تكون أم ولد؛ لأنه قد ملك ابنه، فعتق عليه، فهذا قد حملت به أمه فى النكاح ووضعت فى ملك اليمين. وقال الشافعى: لا تكون به أم ولد.

٣٧٠ ..... كتاب الأقضية

والدليل على ما نقوله ما تقدم من أنها وضعت في ملك اليمين، فكانت به أم ولد كما لو حملت به في ملك اليمين.

### الباب الثالث: في حكم ما بقى له من التصرف والمنفعة فيها وفي ولدها

وذلك أن السيد بقى له في أم ولده الاستمتاع. وروى ابن المواز عن ابن القاسم: ليس للرجل في أم ولده أن يعتنها في الخدمة، وإن كانت دنيئة وتبتذل في الحوائج الخفيفة مما لا تبتذل فيه الرقيقة.

وقال القاضي أبو محمد: استخدامها فيما يقرب ولا يشق. وقال أبو حنيفة والشافعي: له فيها الخدمة والاستمتاع.

قال القاضي أبو الوليد، رضي الله عنه: وهو الأظهر عندى لأنه المقصود من ملكها، وهي باقية على حكم ذلك الملك، وإنما منع من تملكها غيره.

ووجه آخر، وهو أنه لا خلاف أن للسيد استخدام ولد أم الولد وحكمهم حكمها، لأن كل ذات رحم، فولدها بمنزلتها في الرق والحرية، فعلى هذا يكون له استخدام الأم. ووجه ما تعلق به مالك وأصحابه في نفي استخدامها أنها ممنوعة من بيعه لها، ولا تعتق في ثلثه، فلم يكن له استخدامها كالحرية.

مسألة: وهل له أن يجبرها على النكاح أم لا؟ كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده. قال الشيخ أبو بكر: إنما كره مالك أن يزوج الرجل أم ولده؛ لأنه ليس له فيها إلا الاستمتاع دون سائر المنافع، فكره له أن يزوجه، وإن رضيت.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أنه شبهها بالزوجة التي ليس له فيها إلا الاستمتاع، ولا يجوز لها أن تتزوج مع بقاء ذلك السبب. قال ابن حبيب: يكره له أن يزوجه إلا أن يخاف عليها، وبهذا أخذ جميع أصحاب مالك.

فرع: فإن زوجها، فقد قال ابن القاسم في المدونة: لا أفسخه. وقال الشافعي في أحد أقواله: لا يجوز له أن يزوجه.

والدليل على ما نقوله أنه ولي لها، فجاز إنكاحه لها كما لو نفذ عتقها وكمل.

مسألة: واختلف قول مالك في إجبارها على النكاح، وقد قال ابن حبيب في واضحته: له أن يكره أم ولده على النكاح. واختلف فيه قول مالك، وثبت على أنه لا يزوجه إلا برضاها.



كتاب الأفضية ..... ٣٧١

وجه القول الأول أنها أمة يملك الاستمتاع بها بملك اليمين، فملك إجبارها على النكاح كالأمة القرن.

وجه القول الثاني أنها ثبت لها سبب حرية يمنعه رهنها وإجارتها، فوجب أن يمنعه إجبارها على النكاح كالمكاتبة. وقد قال الشافعي بالقولين جميعاً.

مسألة: وعلى السيد الإنفاق على أم الولد، فإن أعسر، فهل تعتق عليه للإعسار بالنفقة أم لا؟ وفي كتاب الرق: لا تعتق عليه، وبه قال جماعة من القرويين. وقال أبو بكر بن اللباد: سألت عنها يحيى بن عمرو، وقلت له: تعمل وتنفق على نفسها. قال لي: إن لم يكن في نفقتها ما يكفيها. قال يحيى بن عمر: أرى أن تعتق. قال أبو بكر: وكذا قال أشهب، ورواه عنه الأندلسيون. وقال أبو بكر بن عبدالرحمن: تعتق عليه إذا أعسر بالنفقة أو غاب، ولم يترك مالا ينفق له عليها.

وجه القول الأول ما احتج به القرويون أنها تتوصل إلى تحصيل نفقتها مع إبقائها على ملكه بأن تزوج ممن ينفق عليها، وبهذا فارقت الزوجة فإنها لا تتوصل إلى تحصيل النفقة بالنكاح مع بقائها على ملكه.

وجه القول الثاني أنها بقيت على الرق، فجاز أن يزول ملكه عنها بالإعسار كالأمة، وأيضاً، فإنه ليس له فيها غير الاستمتاع كالزوجة.

فرع: ولو غاب عنها سيدها، فلم يترك ما ينفق عليها، فقد قال أبو بكر بن عبدالرحمن: تعتق عليه، ولا يزوجه الحاكم؛ لأن زواجها مكروه، ولا يؤمر به السيد، فكيف يؤمر به الحاكم. وقال غيره من القرويين: تزوج عليه إن كان غائباً، يزوجه هو إن كان حاضراً، وعجز عن الإنفاق عليها، والله أعلم وأحكم.

#### الباب الرابع: في حكم مالها في حياته

فإن للسيد أن يأخذ مالها ما لم يمرض؛ لأنها باقية على ملكه بقاء تستحق به النفقة، ويبيح له الاستمتاع بها، فكان له انتزاع مالها. أصل ذلك الأمة حال الرق، وليس له انتزاع مالها إذا مرض على ما في المدونة.

وقال القاضي أبو محمد: إذا اشتد مرضه لم يكن له انتزاعه كما ليس له إخراج ماله في المرض المخوف إبقاء على ورثته لقرب وقت استحقاقهم له كالمعتق إلى أجل لسيدته أن ينتزع ماله ما لم يقرب الأجل.

٣٧٢ ..... كتاب الأفضية

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ووجه ذلك عندى أن من تقرر ملكه على مال بموت إنسان، فإنه لا يملك انتزاعه منه فى مرضه كالوارث.

مسألة: وإن أفلس السيد، ففى المدونة ليس لغرمائه أخذ مال أم ولده، ولا أن يجبروا السيد على ذلك، وللسيد أن يأخذه لنفسه أو لقضاء دينه.

ووجه ذلك أن انتزاع مال أم الولد يملك لما يملكه باختياره ليقضى به دينه، وذلك مما لا يجبر عليه السيد كقبول الهبة والوصية.

### الباب الخامس: فى حكمها وحكم مالها بعد موته

أما حكمها بعد موته، فإنها تعتق بموته من رأس ماله، وإن كان عليه دين يحيط بماله، فإنها حرة، وهذا إذا كانت ولادتها قبل وفاته. فأما إذا توفى وهى حامل، ففى العتبية عن أشهب عن مالك، وفى الواضحة عن مطرف: أنه إن كان الحمل بيناً، فقد تمت حرمتها فى الشهادة والموارثة والقصاص، وغير ذلك قيل له: قد يظهر البطن، ويقول النساء: هو حمل ثم ينفش، فقال: إذا ظهر واستوفى تمت حرمتها قبل أن تضع، رواه ابن القاسم عن مالك. وقيل عن المغيرة: توقف أحكامها.

وجه القول الأول أن الموجب إكمال حرمتها بتيقن الحمل بها مع موت السيد، وقد وجد، فوجب أن يحكم بكمال حرمتها، ولا يمنع من ذلك ما يجوز من انفشاشه كالحيض يحكم بظهوره على وجه العدة أو الاستبراء بانتفاء الحمل، وإن كان يجوز وجود الحمل مع وجود الحيض وتكرره.

ووجه القول الثانى ما تعلق به من أن الحمل قد يظهر ثم ينفش، فلا يكون له حكم الحمل إلا بالولادة أو الإسقاط، فيجب أن توقف أحكامها حتى يوجد أحدهما أو يعدم.

مسألة: فإذا توفى السيد، فمال أم الولد تبع لها؛ لأن كل معتق يتبعه ماله؛ لأنه خارج من ملك إلى غير ملك فيتبعه ماله كالعبد يعتقه سيده.

وأما ما كان لها من حلى أو متاع، ففى العتبية من سماع ابن القاسم: أنه لها الأمر المستنكر، وكذلك ما كان لها من ثياب إذا عرف أنها كانت تلبسها وتستمتع بها فى حياة السيد، وإن لم يكن لها بينة على أصل العطية.

ومعنى ذلك عندى أن ما كان فى ابتذالها ولبسها، فهو الذى يكون لها منه ما لا

كتاب الأفضية ..... ٣٧٣

يستنكر؛ لأن ظاهر لبسها له وابتذالها يقتضى أنه عن ملك. وأما ما يستنكر مثله مما يعلم أنه يقصد به الهبة، وإنما يقصد به أن تلبسه وتتجمل له، فإن عرف أن السيد قد وهبه أو غيره أو ملكته بأى وجه، فإنه يكون لها ما كان.

وقال أشهب عن مالك فى العتية: ما أعطها سيدها من حلى وثياب، فذلك لها إذا مات وما أودعها من متاع البيت كلفت البينة، وإن كان ذلك من متاع النساء بخلاف الحرة.

وأما الفراش والحلى واللحاف والثياب التى على ظهرها، فذلك لها، يريد ما يعلم أنها تستغنى عنه فى لباسها وابتذالها، فذلك لها دون بينة، ولا يكون لها غير ذلك من متاع البيت إلا بيينة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «إذا جنت ضمن سيدها ما بينها وبين قيمتها» الضمير فى قوله: «بينها» راجع إلى الجنانية، وفى قوله: «قيمتها» راجع إلى أم الولد الجنانية، يريد أنه يلزمه أن يفتديها بالأقل من أرش جنايتها أو قيمتها؛ لأنه لما لم يكن له أن يملكها غيره، لم يكن له أن يسلمها، ولو كانت أمة لكان له أن يفتديها بأرش الجنانية أو يسلمها بقيمتها لأنها بدل منها عند تعذر إسلامها.

فرع: واختلف أصحاب مالك فى تقويمها، فقال أشهب فى الموازية: خالفنى ابن القاسم والمغيرة فى أم الولد وإنما عليه قيمتها يوم جنت، فرجع ابن القاسم وتمامدى المغيرة وإنما عليه قيمتها يوم الحكم.

فرع: فإذا قلنا إنها تقوم، فهل تقوم بمالها أو بغير مالها، قال ابن المواز عن أشهب عن مالك: تقوم بغير مالها. ورواه ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب عن مالك. وروى البرقى عن أشهب عن مالك: تقوم بغير مالها. وأنا أرى أن تقوم بمالها، وبه قال المغيرة وعبد الملك.

وجه القول الأول أن الأمة الجنانية إذا لم تسلم ليملكها المجنى عليه لم يكن للجنانية بها تعلق بمالها، ألا ترى أنه لو قتل عبد فاقتص منه، فإن ماله يبقى لسيده، ولا خلاف فى ذلك فى قول أصحابنا.

ولو عفا عن قتله وأسلمه ليملك، فقد اختلف فيه قول ابن القاسم، فمرة قال: تبعه ماله، وبه قال عبد الملك وأشهب، ومرة قال: لا يكون ماله تبعاً له، فلما كانت أم الولد إذا جنت لم تسلم، لم تعلق الجنانية بما لها.

٣٧٤ ..... كتاب الأفضية

ووجه القول الثاني ما احتج به المغيرة وعبد الملك أنها لو كانت حية لقومت أمة فأسلمت، لأسلمت بمالها، فكذلك إذا قومت وجب أن تقوم بمالها.

مسألة: ولو ماتت أم الولد بعد أن جنت، فتركت مالا، ففي المجموعة عن ابن القاسم: لا شيء للمجروح من مالها لأنها لو كانت حية لقومت بغير مالها. وقال عبد الملك: إن كان مالها عبداً أدى منه الأرض، فإن لم يف لم يكن له غيره، وإن كان عرضاً، خير سيدها في فدائه أو إسلامه، وكل واحد منهما يبنى على أصله، فإن ابن القاسم يقول: تقوم بغير مالها، فلا تتعلق عنده الجناية بمالها. وابن الماجشون يقول: تقوم بمالها، فإن الجناية متعلقة بمالها، فإن عدمت أم الولد، فقد بقي مالها والجناية متعلقة به.

فصل: وقوله: «ليس له أن يسلمها» يريد أنه ليس له أن يمنع من فدائها ويرضى بإسلامها كما يفعل ذلك في الأمة، بل يجبر على أن يفتديها على الوجه الذي قدمنا؛ لأن في إسلامها تملكاً لها، وذلك ممنوع كالبيع والهبة.

فصل: وقوله: «وليس عليه أن يتحمل من جنايتها أكثر من قيمتها» يريد إن كانت قيمة جناية أم الولد أكثر من قيمتها، لم يلزمه إلا قيمة أم الولد، دون ما زاد على ذلك من قيمة الجناية، وهذا إذا كانت جناية واحدة، فإن تكررت جناياتها، فإن تعقب كل جناية الحكم فيها بحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى على ما قدمناه.

وإن جنت جنايات قبل القيام عليها، ثم قام المجنى عليهم، ففي المدنية من رواية محمد عن مالك: ليس عليه إلا قيمتها لجميع الجناية، وإن كان أرشها مثل قيمة أم الولد عشر مرات.

ووجه ذلك أن الحكم فيها لما كان حكماً واحداً كان حكم جناياتها حكم جناية واحدة، ألا ترى أن الأمة لو جنت جنايات لم يكن على سيدها إلا أن يسلمها، وبهذا قال أبو حنيفة، وهذا أحد قولي الشافعي، وله قول آخر: ليس عليه في كل جناية تجنيهاً إلا قيمة واحدة.

فإن جنت جناية أكثر من قيمتها أدى القيمة، ثم إن جنت أخرى تشارك الأولى والثاني في القيمة الأولى، فرجع الثاني على الأول في حصته منها، وكذلك ما جنت.

والدليل على ما نقوله أن ما قاله يقتضي أن المجنى عليه لا يملك الأرض أبداً لأنها كلما جنت رجع عليه فيما أخذ وهي في غير ملكه والعبد إذا جنى جناية ثانية لم يتحمل المجنى أولاً جناية كالعبد القن.

مسألة: وليس على العاقلة شيء من جنائية أم الولد لأنها أمة ولا تحمل العاقلة إلا جنائية الأحرار. وقال أبو يوسف: إن لم يفتدها السيد أعتقناها عليه، وجعلت دية قتلها على عاقلتها، وهذا غير صحيح، وإنما يعتبر تحمل العاقلة عنها بحالها يوم جنائتها، وهي يوم جنائتها أمة، ولقد أجمعنا على أن الأمة لو قتلت خطأ ثم أعتقت لم تتحمل العاقلة ديته.

مسألة: ولا يرجع على أم الولد إذا أعتقت بشيء من جنائتها، وذلك إذا أقيم عليها بعد الجنائية، فحكم على السيد بالقيمة، وهي أقل من أرش الجنائية، فلا يرجع عليها بشيء؛ لأن جنائتها إنما تعلق بعينها دون ذمتها.

وأما إذا جنت جنائية، فقبل أن يقوم المحنى عليه، توفي سيدها، فعتقت بموته، ولها مال، قال ابن كنانة في المدنية: وإن كان لها مال ولا مال للسيد، لم يؤخذ منها شيء قد وجب على السيد، ولم يبين هل قيم على السيد أم لا.

\* \* \*

### القضاء في عمارة الموات

١٤٠٧ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً، فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»<sup>(١)</sup>.

١٤٠٧ - أخرجه البخاري ٢١٤/٣ كتاب المزارعة باب من أحيا أرضا ميتة، عن عمر. والترمذي برقم ١٣٧٨ ج٣/٦٥٣ كتاب الأحكام، عن سعيد بن زيد. وأبو داود ج٣/١٧٥ كتاب الخراج باب ٣٧ برقم ٣٠٧٣، عن سعيد بن زيد. وأحمد ٣/٣٣٨، عن جابر. والبيهقي في الكبرى ١٤٣/٦، عن هشام، عن أبيه. والبعثي بشرح السنة ٢٣٠/٨، عن هشام بن عروة، عن أبيه. والطبراني في الكبير ١٤/١٧، عن عبد الله المزني، عن أبيه، عن جده.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٠٦/٨: وهذا الحديث مرسل عند جماعة الرواة عن مالك، لا يختلفون في ذلك، واختلف فيه على هشام: فروته عن طائفة، عن أبيه مرسلًا - كما رواه مالك، وهو أصح ما قيل فيه - إن شاء الله. وروته طائفة، عن هشام، عن أبيه، عن سعيد بن زيد. وروته طائفة، عن هشام، عن وهب بن كيسان، عن جابر. وروته طائفة، عن هشام، عن عبيد الله ابن عبد الرحمن بن رافع، عن جابر. وبعضهم يقول فيه، عن هشام، عن عبيد الله بن أبي رافع، عن جابر - وفيه اختلاف كثير.

ذكر عبد الرزاق، عن معمر، عن هشام بن عروة، قال: خاصم رجل إلى عمر بن عبدالعزيز في أرض حازها فقال عمر: من أحيا من ميت الأرض شيئا فهو له، فقال له عروة: قال رسول الله =

عن النبي ﷺ: «من أحيا شيعا من ميت الأرض فهو له، وليس لعرق ظالم حق». والعرق الظالم: أن ينطلق الرجل إلى أرض غيره فيغرسها.

وحدثنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا محمد بن المثني، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا أيوب، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد، عن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق. ولعروة، عن سعيد بن زيد حديث آخر أيضا في أبيه زيد بن عمرو بن نفيل أنه يبعث أمة وحده. حدثنا محمد بن إبراهيم، وأحمد بن قاسم، قالوا: حدثنا محمد بن معاوية، قال: حدثنا يحيى بن سلمان المروزي، قال: حدثنا خلف بن هشام، عن حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، عن وهب ابن كيسان، عن جابر أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وما أكلت العافية فهو له صدقة».

وحدثنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا عبدالله بن عمرو بن محمد العثماني بالمدينة، قال: حدثني أبي، قال: حدثنا عبدالله بن نافع بن ثابت الزبيري، عن عبدالله بن محمد بن يحيى بن عروة، عن هشام بن عروة، عن عبيد الله بن أبي رافع الأنصاري، أنه أخبره عن جابر بن عبدالله، أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر، وما أكلت العافية منها فهو له صدقة».

وأخبرنا عبد الوارث بن سفيان، قال: حدثنا قاسم بن أصبغ، قال: حدثنا ابن وضاح، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن هشام بن عروة، عن أبي رافع، عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكلت العافية كان له فيها صدقة». قال أبو عمر: ليس في حديث جابر هذا «فهي له» وإنما فيه «فله فيها أجر»، وهما عندي حديثان عند هشام، أحدهما، عن أبيه، والآخر عن عبيد الله بن أبي رافع، ولفظهما مختلف، فهما حديثان - والله أعلم.

وأما لفظ حديث سعيد بن زيد، فعلى لفظ حديث مالك، وهو لهشام، عن أبيه. وقد روى هذا الخبر يحيى بن عروة، عن أبيه - مثله عن رجل لم يسمه من الصحابة فصار الحديث مسندا من هذه الرواية أيضا وفيه زيادة هي تفسير لمعنى الحديث - إن شاء الله.

أخبرنا عبدالله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا هناد بن السري، قال: حدثنا عبدة، عن محمد بن إسحاق، عن يحيى بن عروة بن الزبير، عن أبيه - أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرق ظالم حق».

قال عروة: ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث «أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال: فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس، وإنما لنخل عم حتى أخرجت منها».

قَالَ مَالِكٌ: وَالْعِرْقُ الظَّالِمُ، كُلُّ مَا احْتَفَرَ أَوْ أُخِذَ أَوْ غُرِسَ بِغَيْرِ حَقٍّ.

١٤٠٨ - مَالِكٌ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً، فَهِيَ لَهُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَعَلَى ذَلِكَ الْأَمْرُ عِنْدَنَا<sup>(١)</sup>.

الشرح: ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضًا ميتة، فهي له» إحياء الأرض في هذا الحديث، والله أعلم، عمارتها، وموتها تبورها، وعدم الانتفاع بها على وجه الزراعة والحرق والبنيان، وقد يستعمل موت الأرض بمعنى عدم سقيها، وتعذر نباتها وحياتها سقيها وظهور نباتها، قال الله تبارك وتعالى: ﴿فَانْظُرْ إِلَى آثَارِ رَحْمَةِ اللَّهِ كَيْفَ يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا إِنَّ ذَلِكَ لَمُحْيِي الْمَوْتِ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [الروم: ٥٠].  
وقد قال أبو حنيفة: كل ما قرب من العمران، فليس بموات وما بعد منه، ولم يملك قبل ذلك فهو موات.

= قال أبو داود: وحدثنا أحمد بن سعيد الدارمي، قال: حدثنا وهب بن جرير، عن أبيه، عن ابن إسحاق بإسناده ومعناه، «إلا أنه قال: فكان الذي حدثني هذا الحديث، فقال الرجل من أصحاب النبي ﷺ وأكثر ظني أنه أبو سعيد الخدري، فأنا رأيت الرجل يضرب في أصول النخل».  
وحدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا أحمد بن عبدة الآملي، قال: حدثنا عبد الله بن عثمان، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن عروة، قال: «أشهد أن رسول الله ﷺ قضى أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، ومن أحيا مواتا فهو أحق به، جاءنا بهذا عن النبي ﷺ الذين جاءوا بالصلوات عنه».

وأخبرنا أحمد بن سعيد بن بشر، قال: أخبرنا مسلمة بن قاسم، حدثنا جعفر بن محمد ابن الحسن ابن سعيد الأصبهاني، حدثنا يونس بن حبيب، حدثنا أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا زمعة بن صالح، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئا فهو له، وليس لعرق ظالم حق».  
قال أبو عمر: هذا الاختلاف عن عروة يدل على أن الصحيح في إسناده هذا الحديث عنه الإرسال كما روى مالك، ومن تابعه، وهو أيضا صحيح مسند، على ما أوردناه، والحمد لله، وهو حديث متلقى بالقبول عند فقهاء الأمصار وغيرهم، وإن اختلفوا في بعض معانيه.

١٤٠٨ - ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٢٤.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٢٤.

وروى ابن سحنون عن ابن القاسم: أن ما قرب من العمران لا يدخل فى الحديث، فيحتمل أن يريد أن اللفظ عام فيمن أحيما ما بعد وقرب فخص منه من أحيما ما قرب بدليل ظهر إليه، فثبت بذلك أن المراد به ما بعد، ويحتمل أن يريد أن لفظ الأرض لما ورد منكراً لم يقتض العموم، وإنما أريد به ما بعد دون ما قرب، ويحتمل قول أبى جنيقة الوجهين.

وأنكر سحنون قول ابن القاسم هذا، وقال: المعروف أنه لا يجوز إحياءه إلا بإذن الإمام، وعندى أن قول ابن القاسم هذا يحتمل ما روى عنه سحنون من قوله المعروف.

وقد روى ابن سحنون عن أبيه، قال مالك: معنى الحديث، فى فيافى الأرض، وما بعد من العمران.

وهذا القول يحتمل من التأويل ما يحتمله قول سحنون، فثبت بذلك أن الذى أنكره سحنون حمل قول ابن القاسم على أنه لا يجوز الإحياء فيما قرب من العمران، وإن أذن فيه الإمام على وجه التملك بالإحياء، وإن جاز أن يملكه الإمام على وجه الإقطاع.

وقد روى سحنون عن مالك وابن القاسم: ما قرب من العمران لا يحويه إلا بقطيعة ونحوها. روى عن ابن نافع، والله أعلم وأحكم. وقال الشافعى: ما لم يملكه أحد فى الإسلام ولا عمر فى الجاهلية عمارة ورثت فى الإسلام، فذلك الموت المذكور فى الحديث. وقوله ﷺ: «من أحيها فهى له» يقتضى ظاهره ملكه لها.

وفى ذلك خمسة أبواب، الأول: فى صفة الأرض التى تملك بالإحياء. والباب الثانى: فى صفة المحبى لها وحكمه. والباب الثالث: فى صفة الإحياء. والباب الرابع: فى حكم ما أحيى من الأرض ثم مات. والباب الخامس: فى حكم الأرض الموات والإبراز فى البيع والقسمة وغير ذلك.

### الباب الأول: فى صفة الأرض التى تملك بالإحياء

قال سحنون فى المجموعة: الأرض على ثلاثة أضرب، عنوة، أو صلح أو مما أسلم عليها أهلها. فأما العنوة، فما كان فيها من موات وشعار لم تعتمل، ولا جرى فيها ملك لأحد، فهى لمن أحيها، كذلك أرض الصلح ما كان منها مواتاً لم يعمل، وحيز بعمارة، فهى لمن أحيها. وأما ما أسلم عليها أهلها وملكوها، فإنها على ما أسلموا عليه. وهو تملك على وجهين، أحدهما: أن تكون محدودة، ولها مالك معروف مخصوص. والثانى: أن تكون من الأودية والمراعى ليست بمحدودة، ولها مالك معين.



كتاب الأقضية ..... ٣٧٩

وقال فى موضع آخر: إنها لا تملك حقيقة الملك، وإنما هى للمرافق والمنافع، فما كان من أرض الأعراب على غير هذين الوجهين، فهى لمن أحيائها، وعندى أن هذا التقسيم لا يحتاج إليه إلا لمعنى التفسير؛ لأن حكمها فيما ذكره واحد.

ووجه ذلك أن كل وجه ملكت به الأرض من الوجوه الثلاثة، فإنما يملك منها ما تقدم، ذكر الملك له، إما بملك الرقاب على وجه مخصوص، أو العموم أو ملك المنافع على الوجه العام، وبهذين النوعين منها يتعلق الملك والحقوق دون الفياض والقفار فمن أحيأ أرضاً لم يتعلق بها حق لأحد، فهى له بالإحياء دون غيره.

مسألة: وما كان من بئر ماشية، فلا يغرس أحد عليه غرساً، ولا يحبس عليه حقاً، قاله ابن كنانة فى كتاب ابن سحنون.

وجه ذلك أن بئر الماشية مما يملك أهله الانتفاع به، وما ملك قوم الانتفاع به على وجه خاص أو عام، فليس لأحد أن يبطل حقهم منه بالإحياء كالمراعى التى قد ذكرناها.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالموات على ضربين، ضرب يبعد من العمران، وضرب يقرب، فأما ما بعد من العمران، فقد قال مالك: يحبس بغير إذن الإمام خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: ليس لأحد أن يحبس مواتاً من الأرض إلا بإذن الإمام. وقد رواه يحيى عن ابن نافع.

والدليل على ما نقوله قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً ميتة فهى له» وهذا عام فيحمل على عمومه.

ودليلنا من جهة المعنى أن هذه أرض لا يتعلق بها حق لغير المحبس، فلم يحتج فى إحيائها إلى إذن الإمام كما لو ملكها المحبس.

فرع: فإن عمرها بغير إذن الإمام، ففى كتاب ابن سحنون عن مالك: ما علمت اختلافاً بين أهل العلم من أحيأ أرضاً ميتة بعيدة من العمارة بغير إذن الإمام، أن ذلك له.

وفى كتاب ابن مزين عن ابن نافع: إن عمره بغير إذن الإمام، فهو له.

وقال فى العتبية: يقتطع الموات فيحسبه بغير إذن الإمام، ينظر فيه الإمام، فإن رأى أن يقره، أقره، وإن رأى أن يخرج، أخرجه.

مسألة: وأما التى تقرب من العمران، فلا يحبسها أحد إلا بإذن الإمام، رواه سحنون

٣٨٠ ..... كتاب الأفضية

عن مالك وابن القاسم عن أشهب خلافاً للشافعي في قوله: يحییها من شاء بغير إذن الإمام. ورواه ابن عبدوس عن أشهب، قال سحنون: وبه قال كثير من العلماء من أصحابنا وغيرهم.

والدليل على ما نقوله قول النبي ﷺ: «وليس لعرق ظالم حق» والذي يحیی بقرب العمران قد يظلم في إحيائه، ويستضر الناس بذلك لتضييقه عليهم في مسارحهم وعمارتهم ومواضع مواشيهم ومرعى أغنامهم، فاحتاج إلى نظر الإمام واجتهاده في ذلك.

قال سحنون في المجموعة: وقد أقطع عمر العقيق، وهو قرب المدينة، واحتج أشهب في المجموعة لقوله بأن ذلك مقتضى قوله ﷺ: «من أحيأ أرضاً مواتاً، فهي له» وذلك عام فيما قرب أو بعد، وإنما يستحب له ذلك لا فيما قرب من العمران لئلا يكون فيه ضرر على أحد.

فرع: إذا قلنا إنه لا يحیی إلا بإذن الإمام، فأحيأ رجل أرضاً قريبة من العمران بغير إذن من الإمام، فقد قال مالك وابن الماجشون ومطرف: ليس له ذلك، فإن فعل، نظر الإمام، فإن رأى إبقاءه له، فعل، وإن رأى أن يزيله ويعطيه غيره أو يبيعه للمسلمين فعل، وقاله ابن القاسم، ورواه عن مالك.

وقال أصبغ: إن أحيأه بغير إذن الإمام أمضيته له ولم ينقض، رواه ابن حبيب.

وروى ابن سحنون عن ابن القاسم أنه لا يكون له ذلك بوجه. وفي المدينة من رواية يحيى عن ابن القاسم فيمن عمره: لا يكون له بغير قطيعة من الإمام.

وقد روى سحنون عن مالك: لا يحیی أحد إلا بقطيعة من الإمام، فيحتمل قول ابن نافع هذا المعنى من يملكه بالإحياء، ويدل على هذا التأويل أنه قال: ما بعد عن الإمام، فلا يعمر إلا بأمر الإمام، وما قرب من الإمام لا يكون لأحد بغير قطيعة من الإمام، ففرق بين الأمر والإقطاع والله أعلم وأحكم.

وجه القول الأول أنه لما كان للإمام منعه بما في ذلك من الضرر على المسلمين، وأنه لا يستحق ذلك إلا إذا أباحه له لكونه أصلاً له، ولا ضرر فيه على غيره، فكذلك إذا تعدى وعمره بغير إذن الإمام لكون النظر فيه للإمام باقياً، ولا يخرج به بتعديه فيه وسبقه إليه عن نظر الإمام واجتهاده.

كتاب الأفضية ..... ٣٨١

ووجه قول أصبغ يقتضى مذهب أشهب أنه يستحب مشاورة الإمام واستئذانه إلا أن ذلك شرط فى صحة تملكه.

ووجه قول ابن القاسم هذا أن من أهل العمران متعلق به، فليس للإمام أن يأذن فى إحيائه، ولذلك قال: ما قرب من العمران لا يدخل فى الحديث.

فرع: فإذا قلنا إن للإمام أن يزيله عنه، فقد قال مطرف وابن الماجشون: يعطيه قيمة عمله منقوضاً أو يعطيه إياه بعد أمره بقلعه، وهذا يقتضى أنه متعدد بالعمل فيه، وأن للإمام أن يأخذه لجماعة المسلمين، فيعطيه قيمة نقضه من بيت المال أو يصرفه إلى رجل من المسلمين، فيعطى قيمة النقض من بيت مال المسلمين أو يعطيه ذلك من صرف المالك إليه من ماله.

وهذا القول مبنى على أن الإمام ينظر فى أمرين، أحدهما أن يكون الموضع لا مضرة فى إحيائه. والثانى أن يكون المحيى لا يستضر أهل العمارة به أو يكون هو أصلح لهم من غيره، فلذلك كان للإمام إذا أحيا بغير إذنه أن يصرفه إلى غيره ممن لا يستضر بمجاورته أو ممن يكون أحسن مجاورة منه.

فرع: ومن أحيا أرضاً فى الفياض، فليس لغيره أن يحىيى بالقرب منه إلا بإذن الإمام، قاله سحنون فى المجموعة، قال: لأنه قد صار بالإحياء عمراناً، فلا يعمر بقربه إلا بإذن الإمام.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فما حد القرب والبعد المذكورين؟ قال سحنون فى كتاب ابنه: ما رأيت من وقت فيه من أصحابنا، وما كان من العمارة على يوم، وما لا تدركه المواشى فى غدوها ورواحها، فأراه من البعيد.

وأما ما تدركه المواشى فى غدوها ورواحها أو أبعد من ذلك قليلاً مما فيه الرفق لأهل العمارة، فهو القريب يدخله نظر السلطان، فلا يحىيى إلا بإذنه. وقال أبو يوسف: الحد فى ذلك أن يصيح الصائح من طرف العمران، فلا يسمع من بالموضع الآخر صوته.

وما قاله سحنون أظهر؛ لأن الاعتبار فى ذلك إنما هو بارتفاق أهل العمران بالمرح والمحطوب دون سمع الصوت والله أعلم، وهذا القول لابن القاسم فى كتاب ابن سحنون.

فرع: وماذا ينظر فيه الإمام؟ قال ابن سحنون عن أبيه: يجتهد فيه الإمام، ويشاور فيه

٣٨٢ ..... كتاب الأفضية  
أهل القرى. وقال فى موضع آخر عن ابن القاسم: ينظر الإمام مما كان قرب العمران، فإن كان فيه على أهل القرى ضرر فى مسرح أو مرعى أو محطب ونحوه منع منه، وإن لم يكن فيه ضرر أمضاه، وقد تقدم من قولنا إنه ينظر مع ذلك من هو أصلح مجاورة والله أعلم.

وفى المدنية فى غنى اقتطع مواتاً بعيداً، فأحياه بغير أمر الإمام: ينظر فيه الإمام، وإن أحيا فيما يقرب من العمران بغير أمره، وكان هناك من هو أحوج إليه منه منعه إياه، وإن لم يكن ثم من هو أحوج إليه أقره فى يديه، ولا بأس أن يقطع الإمام الأغنياء إذا كان قد أقطع الفقراء ما يكفيهم، فاعتبر بالغنى والفقير، ولعل هذا الاعتبار مقصور على الإقطاع دون الأحياء؛ لأن الأحياء لا يملك به الأرض إلا بالارتفاق والعمل، فالغنى أقدر عليه والإقطاع يملك الأرض دون عمل ولا نفقة، فالفقير أحوج إليه من الغنى، والله أعلم.

### الباب الثانى: فى صفة المحبى للأرض وحكمه

وذلك أن المحبى للأرض فى بلاد المسلمين لا يخلو أن يكون مسلماً أو ذمياً، فإن كان مسلماً فحكمه ما تقدم، وإن كان ذمياً، ففى المجموعة عن ابن القاسم: هى له لما روى عنه عليه السلام أنه قال: «من أحيا أرضاً ميتة، فهي له» إلا أن يكون ذلك فى جزيرة العرب لقوله عليه السلام: «لا ييقن دينان بأرض العرب»<sup>(\*)</sup>.

فرع: فإذا ثبت أن الذمى يحبى فى بلاد المسلمين، فإن ذلك فيما بعد من العمران، فأما فيما قرب من العمران، فإنه يخرج عنه، ويعطى قيمة ما عمر؛ لأن ما قرب من العمران بمنزلة الفىء، والذى لا حق له فى الفىء، وكذلك إن عمر فى جزيرة العرب مكة والمدينة والحجاز كله والنجود واليمن، فإنه يخرج منها، ويعطى قيمة عمارته، قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون.

وفى هذا القول نظر، فإنه إن كان ما قرب من العمران حكمه حكم الفىء، فإنه لا يجوز لأحد تملكه واقتسامه ولا بيعه ولا شراؤه، لأن هذا حكم الفىء من الأرض عند مالك ويلزمه على هذا القول أن لا يصح أحياءه من العبد والمرأة، لأنهما ليسا من أهل الفىء، ولا يصح ممن لم يفتح ذلك البلد؛ لأنه ليس من أهل ذلك الفىء، ولو قال قائل

---

(\*) أخرجه البيهقى فى الكبرى ٢٠٨/٩، عن ابن شهاب. عبد الرزاق فى المصنف ٩٨/٨ برقم

١٤٤٦٨، عن ابن المسيب.

كتاب الأقضية ..... ٣٨٣

إن حكمه في ذلك حكم المسلمين لم يبعد كما أن حكمهم حكم المسلمين في إحياء ما بعد.

قال القاضي أبو الوليد: والأظهر عندي على قول مطرف وابن الماجشون أن يكون معناه أن الإمام لو استأذنه في ذلك لم يكن له أن يأذن لأن الإمام إذا نظر في ذلك، فإنما ينظر فيه للمحیی ولعمامة المسلمين، فإذا لم يكن على جماعة المسلمين في ذلك مضرّة، فمن حق المستأذن أن يأذن له، وإن كان عليهم في ذلك مضرّة، فمن حقهم أن يمنعه، وفي إحياء غير المسلمين ما قرب من مواطنهم وعمارته مضرّة، فلا يجوز للإمام أن يأذن له، فإن تعدى، وعمر بغير إذن، نظر للمسلمين بإخراجه منه بأن يعطيه قيمة نقضه من بيت مال المسلمين أو من مال من يصرف إليه أو يؤمر بفعله، ولا تسوغ المشاركة إن لم يأخذه لأحد، ورأى المصلحة للمسلمين في منع إحيائه، والله أعلم وأحكم.

### الباب الثالث: في صفة إحياء الأرض

قال مالك في المجموعة وكتاب ابن سحنون: إحياء الأرض أن يحفر فيها بئراً أو يجري عيناً، ومن الإحياء غرس الشجر، والبنيان والحرث، فما فعل من ذلك فهو إحياء، وقاله ابن القاسم وأشهب.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إن الإحياء حفر الآبار، وشق العيون، وغرس الشجر، وبناء البنيان، وتسييل ماء الرّذغة من الأرض، وقطع الحياض والفحص عن الأرض بما تعظم مؤنته، وتبقى منفعتها حتى يصير ما لا يعتد به، فهذا وما أشبهه إحياء.

مسألة: وأما الرعي، فلا يكون إحياء، قاله ابن سحنون عن ابن القاسم وأشهب وجميع أصحابنا. وقد قال أشهب: من نزل أرضاً، فرعى ما حولها، فهو أحق بها من غيره، وذلك إحياء.

وجه قول ابن القاسم أنه ليس له أثر باق في الأرض؛ لأن هذه حال سائر الأرضين المبورّة، فلا يكون إحياء كالمبتنى فيها.

واحتج أشهب في كتاب ابن سحنون بأنهم قد رعوا وينتظرون أن يرعوا. واحتج في المجموعة بالمعدن يجوز له رجل بالعمل فيه، فإنه له ما أقام عليه، فكذلك هذا، وإن لم يعجب سحنون قول أشهب، والله أعلم وأحكم.

٣٨٤ ..... كتاب الأفضية

مسألة: وليس حفر بئر الماشية إحياء، قاله ابن القاسم وأشهب. ووجه ذلك أن هذا لا يعمل لمعنى إحياء الأرض، وإنما يعمل لمنافع الماشية كالراعى.

مسألة: وليس التحجير إحياء، قاله ابن القاسم فى المجموعة وغيرها. ووجه ذلك أن التحجير ليس فيه إحياء للأرض ولا منفعة، وإنما هو منع لغيره من التصرف فيها، وإلا فهي باقية على صفتها قبل التحجير.

فرع: إذا ثبت ذلك، فمن يحجر أرضاً لغيره من العمران، فقد قال أشهب: لا يكون أولى بها حتى يعلم أنه يحجرها ليعمل فيها إلى أيام يسيرة ليتمكن العمل لبيس الأرض أو لغلاء الأجر، ونحو هذا من العذر الذى يؤخر له الناس، فذلك له. وأما من يحجر ما لا يقوى عليه، فله منه ما عمر.

قال أشهب فى المجموعة: وقد روى عن عمر فيمن حجر أرضاً، ولم يعمرها أنه ينتظر به ثلاث سنين، وأراه حسناً.

#### **الباب الرابع: فى حكم ما أحيى من الأرضين ثم مات، وعاد إلى ما كان عليه**

الأرضون على ضربين، ضرب يفتتح ملكه، وضرب يتملك عن مالك. فأما ما افتتح ملكه، فعلى قسمين، أحدهما إقطاع الإمام. والثانى: الإحياء. فأما ما ملك بإقطاع من الإمام، ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن أقطعه الإمام أرضاً بقرب العمران كانت له، وإن لم يعمرها، ويبيع ذلك إن شاء، ويورث عنه.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الذى يقطعه الإمام أرضاً، فلم يقو على عمارتها: له أن يبيعها ويتصدق بها ما لم ينظر فى عجزه عنها، فيقطعها غيره.

وجه قول ابن القاسم أن الإقطاع عنده معنى التمليك الثانى الذى لا يفتقر إلى عمارة كالبيع والميراث.

ووجه القول الثانى أن الإقطاع إنما هو إذن فى الإحياء، ومن شرط ذلك العمارة.

فأما ما افتتح ملكها بالإحياء، ففي المجموعة عن ابن القاسم أنه بلغه عن مالك فيمن أحيأ أرضاً ميتة، ثم تركها حتى عفت آثارها، وهلك أشجارها، وطال زمانها، ثم أحيأها غيره: أنها للثانى.

وقال سحنون: من أحيأ أرضاً مواتاً، فقد ملكها، ولا تخرج من يده لتعطيله لها، وإن عمرها غيره، فالأول أحق بها.

وجه القول الأول ما احتج به ابن عبدوس من أن من ملك المباح ثم خرج عن يده

حتى عاد إلى أصله، فإنه لمن يملكه بعده كالصيد يخرج من يد صائده، فيلحق بالوحش، فهو لمن صاده بعده.

ووجه قول سحنون أن ما لا يخرج من ملكه بالتغيير، إذا ملك بالابتياح، فإنه لا يخرج عن ملكه بالتغيير إذا تملكه عن إباحة كالثياب، وذلك أن الفرق بين الأرض والصيد، أن الصيد لو ابتاعه ثم نفر، ولحق بالوحش لكان لمن صاده بعده، ولا خلاف أن من اشترى أرضاً، ثم تبورت، فأحيها غيره بعده، فإنها لمن اشتراها دون من أحيها. فرع: وسواء أحيها الأول بإذن الإمام أو بغير إذنه، قاله ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وذلك إذا كان الإذن ليس بمعنى الإقطاع، فمتفق عليه، وإذا كان بمعنى الإقطاع، فمختلف فيه على ما تقدم.

مسألة: وأما ما ملك من الأرض بشراء أو ميراث أو هبة، قال ابن القاسم: أو خطة، فإنها لمن ملكها، وإن لم يعمرها ويبيع ذلك، ويورث عنه، فإن أحيها غيره، فلا يخلو أن يحبس الثاني ما ليس للأول منعه، أو ما للأول منعه، وإن أحيما ما ليس للأول منعه، فهو للثاني، وإن أحيما ما للأول منعه، فلا يخلو أن يكون المحبس يعلم ذلك أو لا يعلمه، فإن علم ذلك، فقد تقدم ذكره، وإن لم يعلم ذلك، فقد قال ابن القاسم: يقال لصاحب الأرض أعطه قيمة عمارته، فإن أبى قيل للعاسر: أعطه قيمة أرضه، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة أرضه، وهذا بقيمة عمارته.

وذكر المطرف وابن الماجشون أن قول مالك والمغيرة وابن دينار وغيرهم من علماء المدينة: ليس للذي عمر أن يعطى رب الأرض قيمة أرضه، ولكن إذا أبى رب الأرض أن يعطيه قيمة عمارته كانت الأرض بينهما، هذا بقيمة أرضه براحاً، والآخر بقيمة عمارته قائمة، وتفسير ذلك أن تقوم الأرض مبورة ثم تقوم عامرة، فما زادت قيمتها بالعمارة، فالعامل به شريك لرب الأرض.

ووجه القول الأول أن للثاني حقاً ثابتاً، فكان له أن يعطيه الآخر قيمة حقه كصاحب الأرض.

ووجه القول الثاني أن الأرض أصل ثابت قديم، وعمل الثاني وارد عليها، والله أعلم وأحكم.

### الباب الخامس: في حكم الأرض الموات والأبوار في القسمة والبيع

الأبوار والشعاري على ثلاثة أضرب، ضرب لا تحيط به العمارة، وضرب تحيط به العمارة، وضرب يكون بين قريتين.

٣٨٦ ..... كتاب الأقضية

فأما ما لا تحيط به العمارة، فقد قال أشهب وابن وهب وأصبغ: لا تقسم بينهم، وإن اتفقوا على قسمته.

وفى كتاب ابن سحنون وابن القاسم: أن الشعراء التي تقرب من القرى تلحقها الماشية في غدوها ورواحها، وهي لهم مراعى ومحتطب، فلا تكون لمن أحيائها، ولأهل تلك القرى قسمتها بينهم.

وأنكر سحنون هذا، وقال: المعروف للمالك وابن القاسم غير هذا الوجه، وذلك أن الناس لم يختلفوا فيما بعد من العمران أن يحيا بقطيعة من الإمام، واختلفوا فيما قرب، فقال: كثير منهم من أصحابنا وغيرهم: إن للرجل أن يحياه دون الإمام. وقال آخرون: لا يحياه إلا بقطيعة الإمام، فهذا خارج من هذين القولين.

وجه المنع من القسمة ما تقدم. ووجه إباحة ذلك أنهم يختصون باستحقاقها، ومعظم منافعتها، وإنما لغيرهم في ذلك ما فضل عنهم على وجه الضرورة إليه.

مسألة: وأما ما أحاطت به العمارة، فقد قال أصبغ وداود بن سعيد: يقسم، وبه قال مطرف وابن الماجشون. وقال أشهب وابن وهب: لا يقسم بينهم أجمعوا على ذلك أو أباه بعضهم؛ لأن البور والمتسع ليس بمال لهم، وفيه حق لكل المسلمين من المارة وغيرهم في مناخ إبلهم ومرعى دوابهم، وقد قال عليه السلام: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ» (\*).

وجه القول الأول ما احتج به ابن حبيب أن هذه الأبوار أفنية أهل القرى ومحتطبهم ومراعيهم، ولذلك لم يكن للإمام أن يقطع أحدا شيئا منها لأنها حق لهم كأفنية الدور، فمن دعا إلى القسمة منهم، فذلك له.

مسألة: وأما ما كان بين القرى، فقد روى في العتبية أصبغ عن ابن القاسم في قرى قد أحاطت بفحص لكثرة بور ترعى فيه غنمهم، ويحتطبون فيه، ليس لهم قسمته، ويبقى مرعى لهم وللمارة. وروى عنه ابن سحنون أنهم إذا أراد قسمته قسم بينهم، وكلا القولين مبنى على ما تقدم.

---

(\*) أخرجه البخارى ٣/٣٢١ كتاب الشرب والمساقاة باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء، عن أبي هريرة. مسلم ٣/١١٩٨ كتاب المساقاة باب ٨ رقم ٣٦، عن أبي هريرة. أبو داود برقم ٣٤٧٣، ٣/٢٧٥ كتاب البيوع باب منع الماء، عن أبي هريرة. الترمذى برقم ١٢٧٢، ٣/٥٦٣ كتاب البيوع، عن أبي هريرة. ابن ماجه برقم ٢٤٧٨، ٢/٨٢٨ كتاب الرهون، عن أبي هريرة. البيهقى فى الكبرى ٦/١٥١، عن أبي هريرة. البغوى فى شرح السنة ٦/١٦٨، عن أبي هريرة.



فرع: فإذا قلنا يقسم بينهم، فإنما يقسم على عدد القرى، ويعطى كل قرية مما يليها يسوى بين الصغيرة والكبيرة بالسواء، الكريم بقيمته واللتيم بقيمته، رواه ابن سحنون عن ابن القاسم وابن حبيب عن ابن الماجشون، وسيأتى ذكره هذا إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهذا إذا كانت القرى متصلة بالشعراء والأبوار، فإن حال بينهما جبل أو صخرة أو نهر عظيم، فإن ذلك يمنع أن يكون لهم فيه حظ إلا أن يقوموا ببينة بالملك، رواه ابن سحنون وابن حبيب عن ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: يدخل معهم أهل القرية التى حال بينهما نهر أو جبل أو صخرة أو خرب لا تحرث، واختاره ابن حبيب.

قال سحنون: فلول قال ابن الماجشون: إن السلطان يقطعهم إياه بينهم لتلا يضر بهم من يحميه من غيرهم لكان وجهًا، وقد خلط فى بعض قوله، فقال: فادعى أهل القرية التى خلف النهر والصخرة، إن لهم فى الشعراء حقًا معهم.

وقد قال أهل القرى: إن الذين تصير لهم من ناحية منزلهم صادف كرمًا أو دناءة. قال سحنون: فصار هذا كإقرار منهم.

مسألة: وإذا كانت الشعراء تلى القرية، ويقطع بين الشعراء وبين قرى أخرى ترعى فيها مواشيهم فأهل القرية التى تليها أحق بها، رواه ابن سحنون عن ابن القاسم، قال: ويقتسمه أهل تلك القرية على قدر أملاكهم فى القرية يقتسمونها بالقسمة أو السهم، وهكذا ذكر أصحابنا فيما يقتسمه أهل القرية فى الشعراء أنهم يقتسمونها على قدر أملاكهم فيها، وما يقتسمه أهل القرى، فإنه يقسم بينهم صغرت القرية أو عظمت.

فرق: والفرق بينهما أن أهل القرى إنما يستحقون الأبوار والشعارى ويتشاركون فيها على وجه المسارح والمفارق بنسبة الجهات، وإلى ذلك يرجع بعد القسمة.

وذلك بمعنى تتساوى فيه القرى فقد يكون لأهل القرية الصغرى من الماشية أمثال ما للقرية الكبرى، فلا يمنع من ذلك أهل القرية الصغرى لصغر قريتهم، ولا يرجع عليهم أهل القرية الكبرى بشيء لعظم قريتهم، وليس كذلك أهل القرية الواحدة، فإنما يستحقون أوبارها وشعارها بسبب أملاكهم، وينفرد كل واحد منهم بحقه منها بالقسمة، ويتصرف فيه بأى وجه شاء من عمارة أو غيرها، فيكون له حكم ملكه، فلذلك روى فيه قدر حقه، والله أعلم وأحكم.

٣٨٨ ..... كتاب الأفضية

فصل: وقوله ﷺ: «وليس لعرق ظالم حق» فسرهُ مالك فقال: إن العرق الظالم ما احتفر أو اتخذ أو غرس بغير حق. قال عروة وربيعة: العروق أربعة، عرقان فوق الأرض، وهما الغرس والبناء، وعرقان في جوفها، المياه والمعادن. وقال عروة: والباطنان البئر والعين، قالوا: فكل من عمل شيئاً من ذلك في حق غيره، فهو من ذلك.

فصل: وقوله: «ليس له حق» يحتمل أن يريد به ﷺ ليس له حق البقاء فمن غرس أو بنى ظالماً في ملك غيره ليس له أن يبقيه، وكان لصاحب الملك أن يأمره بقلعه أو يخرجهُ منه بأن يدفع إليه قيمة غرسه مقلوعاً، وقيمة بنيانه منقوضاً فيما له قيمة، وما لم يكن له قيمة كان لصاحب الملك أن يبقيه على ملكه دون عوض يعوضه منه، ويحتمل أن يريد ﷺ له حق بملك ولا انتفاع، ويكون المراد به في العيون والآبار.

وذلك أن من حفر بئراً أن أنبط عيناً في ملك غيره، فإنه ليس له أن يملكه، وينتفع به ولصاحب الملك أن يجبره على إعادته على ما كان عليه أو يملكه، ويعطيه قيمة ما له قيمة بعد إزالته، وإذا كان لفظ الحق يحتمل الأمرين جاز أن يحمل عليهما على ما قاله عروة بن الزبير وربيعة بن أبي عبد الرحمن، والله أعلم وأحكم.

\* \* \*

### القضاء في المياه

١٤٠٩ - مَالِك، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ أَنَّهُ بَلَغَهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي سَبِيلٍ مَهْزُورٍ وَمُذْنِبٍ: «يُمَسَّكُ حَتَّى الْكَعْبَيْنِ، ثُمَّ يُرْسَلُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ»<sup>(١)</sup>.

١٤٠٩ - أخرجه البخاري في المساقاة ٢٣٥٣. ومسلم في المساقاة ١٥٦٦. والترمذي في البيوع ١٢٧٢. وأبو داود في البيوع ٣٤٧٣. وابن ماجه في الأحكام ٢٤٧٨. وأحمد في باقي مسند المكثرين ٧٢٨٠، ٧٦٤٠، ٨٠٢٣، ٨٥٠٨، ٢٧٢٨٢، ٢٠١٩٣.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣١٢/٨: لا أعلم هذا الحديث في سبل مهزور، ومذنب. هكذا يتصل عن النبي ﷺ من وجه من الوجوه وأرفع أسانيده: ما حدثناه خلف بن القاسم، حدثنا بكر ابن عبد الرحمن بن محمد أبو العطار بمصر، حدثنا يحيى بن سليمان بن صالح بن صفوان، حدثنا أبو صالح الحراني عبد الغفار بن داود، حدثنا محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، عن أبي مالك بن ثعلبة، عن أبيه، أن النبي ﷺ أتاه أهل مهزور، فقضى: «أن الماء إذا بلغ إلى الكعبين لم يجبس الأعلى».

كتاب الأفضية ..... ٣٨٩

الشرح: قال عيسى بن دينار وسحنون: مهزور ومذنب واديان بالمدينة. زاد سحنون: وليس ملكهما لأحد، كانا يسقيان بالسيل، فإذا أتى السيل سقى الأعلى حائطه، ثم الذى يليه، وذلك أن المياه التى تسقى على ضربين، ضرب لا يملك أصله كالسيول ومياه الأمطار، وضرب يملك أصله كالعيون والآبار.

فأما ما يملك أصله، فلا يخلو أن يكون طريقه فى أرض مباحة أو فى أرض يملكها رجل معين أو فى أرض يملكها رجال معينون.

فأما ما كان طريقه فى أرض لا تملك مثل المياه التى تسيل من شعاب الجبال وبطون الأودية كمهروز ومذنب، فتسيل مياههما فى أرض مباحة غير متملكة إلى أرض من يسقى بها ثم يتصل جريها فى مثل ذلك، ويحاذى مجرى الماء فى إحدى جانبيه أو فى جانبيه جميعاً مزارع وحدائق للناس، ويسقون به، فهذا حكمه أن يسقى به الأعلى فالأعلى، وذلك إذا كان إحياءهم معاً أو إحياء الأعلى قبل الأسفل.

وهو معنى ما روى عن النبى ﷺ وإلى هذا ذهب مالك وأصحابه. قال ابن نافع: وهذا حكم النيل أيضاً، فإن أحيا رجل ماء سيل ثم أتى غيره، فأحيا فوقه ما هو أقرب إلى أعلى سيل منه، وأراد أن ينفرد بالماء، ويسقى به قبل الأسفل الذى أحيا قبله، وذلك يبطل عمل الثانى، ويتلف غرسه وزرعه، فقد قال سحنون: إذا كان بعض الأجنة أقدم من بعض فالقديم أحق بالماء.

ووجه ذلك أن استحقاقه للماء قد تقدم فليس لغيره أن يبطل حقه منه بما يحدثه بعد ذلك.

فرع: فإن كانت الجنتان متقابلتين، فما حكمه أن يكون الأعلى بالأعلى، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: يقسم بينهما الماء.

وجه ذلك تساويهما فى وجه الاستحقاق، فإن كان الأسفل مقابلاً لبعض الأعلى حكم لما كان أعلى بحكم الأعلى، ولما كان منه مقابلاً بحكم المقابل.

مسألة: وإن كان رى الماء فى أرض رجل معين، فقد قال سحنون: ما كان من سيول المطر فى أرض الناس المعروفة، فلكل واحد منهم أن يمنع ماءه ويحبسه فى أرضه، قل أو كثر، ولا يرسل منه شيئاً إلى من تحته إلا أن يشاء.

ووجه ذلك أنه بدخوله فى أرضه قد صار أحق به من غيره، وإنما يتنازع فيه قبل

٣٩٠ ..... كتاب الأقضية

دخوله فى أرض أحد، فأما ما سأل فى أرضه، فهو حق له، فله منعه إن شاء، وبالله التوفيق.

مسألة: وأما ما كان سيله فى أرض يملكها قوم معينون، مثل أهل النهر يجتمعون على إخراج ماء منه، فيحملونه فى أرضهم أو فى أرض مבורة ملكوها لشق ساقيتهم فيها، وذلك نوع من الإحياء، فإن هؤلاء أحق بمائهم، وهم سواء فى حكم التقويم لا يقدم الأعلى على الأسفل، وإنما يقتسمونها بما يقتسم به الماء الذى يملك أصله وسنينه بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما ما يملك أصله كالعيون والآبار، فقد قال سحنون: إن هؤلاء يقتسمون ماءهم على قدر ملكهم بالقلد، ولا يقدم أحد على أحد، ولكن يأخذ كل واحد ماءه يصنع به ما شاء.

ووجه ذلك أن رقبة العين والبئر ملك، ولكل ذى حظ فيها الانتفاع بحظه والتصرف فيها بما شاء من بيع أو هبة أو غير ذلك.

ومن المجموعة عن ابن القاسم وأشهب فى أرض هى مقسومة بين قوم، ولهم شرب، فأراد أحدهم أن يصرف حصته من الشرب إلى أرض له أخرى: أن له ذلك، عطل حصته من الأرض أو لم يعطلها. قال الشيخ أبو محمد: يريد والأرض مقسومة. قال: لأن له أن يمنع ذلك، وكذلك يكون له أن يصرف حيث شاء ما لم يمر به فى حصة غيره، فلا يكون له ذلك إلا بإذنه وأما إذا كانت الأرض مشتركة بينهم على الإشاعة فليس لأحدهم أن يصرف حصته من ذلك الماء عنها لأن ذلك يضر بحظهم منها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: والقلد على أنواع منها أن يؤخذ قدر، ويثقب فى أسفلها ثقب، ويملاً من الماء، ويكون قدر أقلهم نصيباً مقدار ما يجرى ماؤه على ثقبه تلك، فتملاً ولا يزال صاحب الحصة من الماء يأخذ ماء العين كله، يصرفه فيما شاء إلى أن يفنى ماء القدر، ثم يملأ للذى يليه مرة أو مرتين أو ثلاثة بحسب حصته، والله أعلم.

وقال ابن حبيب: تفسير ذلك أن يأخذ الإمام رجلين مأمونين أو يتراضى الشركاء عمن شاءوا أو يؤخذ قدر فخار أو غيره يثقب فى أسفله بمتقب، ثم يرفع المتقب ثم يعلق القدر، ويجعل تحته قصرية ويعد ماء فى جرار، فإذا انصدع الفجر صب الماء فى القدر، فسال الماء من الثقب، فكلما هم الماء أن ينصب صب حتى يكون سيل الماء من الثقب

معتدلاً النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر، ثم ينحى القدر ويقسم ما اجتمع من الماء على أقلهم سهماً، كيلاً أو وزناً، ثم يجعل لكل واحد منهم قدر يحمل سهمه من الماء، ويثقب كل قدر منها بالثقب الذى به القدر الأول، فإذا أراد أحدهم السقى علق قدره بمائه، وصرف الماء كله إلى أرضه فيسقى ما سال الماء من قدره، ثم كذلك يقسم، فإن تشاحوا فى التبدئة، استهموا على ذلك.

فصل: وقوله: «يمسك حتى الكعبين، ثم يرسل الأعلى على الأسفل» اختلف أصحابنا فى تأويل ذلك، فروى ابن حبيب عن ابن وهب ومطرف وابن الماجشون: يرسل صاحب الحائط الأعلى جميع الماء فى حائطه، ويسقى به حتى إذا بلغ الماء من قاعة الحائط إلى كعبي من يقوم فيه، أغلق مدخل الماء.

وقال ابن كنانة: بلغنا أنه إذا سقى بالسيل الزرع، أمسك حتى يبلغ الماء شراك نعليه، وإذا سقى النخيل والشجر، وما له أصل أمسك حتى يبلغ الكعبين، وأحب إلينا أن يحبس فى الزرع والنخل، وما له أصل حتى يبلغ الكعبين لأنه أبلغ فى الرى.

وفى المدينة عن عيسى عن ابن وهب أن الأول يسقى حتى يروى حائطه، ثم يمسك بعد رى حائطه فيما كان من الكعبين إلى أسفل، ثم يرسل.

وروى محمد بن عيسى عن زياد بن عبد الرحمن عن مالك أنه قال: تفسيره أن يجرى الأول من الماء فى ساقيته إلى حائطه قدر ما يكون الماء فى الساقية إلى كعبيه حتى يروى حائطه أو يبقى الماء، فإذا روى حائطه أرسله كله.

قال يحيى بن مزين رواية زياد عن مالك: أحسن ما فيه، والذى روى مسنداً فى هذا الباب ما روى ابن جريج، حدثنى ابن شهاب، عن عروة بن الزبير أنه حدثه « أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير فى شراج من الحرة يسقى به النخل، فقال رسول الله ﷺ: اسق يا زبير، فأمره بالمعروف ثم أرسل إلى جارك. قال الأنصارى: أن كان ابن عمك، فتلون وجه النبى ﷺ ثم قال: اسق ثم احبس حتى يرجع الماء إلى الجدر واستوعى له حقه<sup>(\*)</sup>. فقال الزبير: والله إن هذه الآية نزلت فى ذلك: ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك﴾ [ النساء: ٦٥ ] الآية.

(\*) أخرجه البخارى ٣٢٣/٣ كتاب المساقاة، عن الزبير. أبو داود برقم ٣٦٣٧، ٣١٥/٣ كتاب الأقضية، عن عبد الله بن الزبير. الترمذى برقم ١٣٦٣، ٦٣٥/٣ كتاب الأحكام، عن عبد الله بن الزبير. النسائى ٢٣٨/٨ كتاب أدب القضاء، عن عبد الله بن الزبير. ابن ماجه برقم ٢٤٨٠، ٨٢٨/٢ كتاب الرهون، عن عبد الله بن الزبير. البغوى فى شرح السنة ٢٨٤/٨، عن عبد الله بن الزبير. البيهقى فى الكبرى ١٤٥/٦، عن عبد الله بن الزبير.

٣٩٢ ..... كتاب الأقضية

فقال ابن شهاب: فقدرت الأنصار قول النبي ﷺ: «اسق ثم احبس حتى يرجع إلى الجدر» فكان ذلك إلى الكعبين.

مسألة: فإن كان بعض الحائط أعلى من بعض، فقد قال سحنون: يؤمر أن يعدل أرضه، وليس له أن يحبس على أرضه كلها إلى الكعبين.

ووجه ذلك أنه قد يكون علو بعض أرضه ما لا يبلغ إلى الكعبين إلا بأن يعلو في بعضه قمتين، ولكن إن تعذرت عليه التسوية سقى كل مكان مستو على حدته.

١٤١٠ - مَالِكُ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ».

الشرح: قوله: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء» قال مالك في المجموعة والواضحة: معنى ذلك في آبار الماشية التي في الفلوات لأنه إذا منع الماء لم يرع ذلك الكلاء الذي بذلك الوادي لعدم الماء، فصار منعاً للكلاء.

وقال ابن القاسم وأشهب في كتاب ابن سحنون: إن ذلك في الأرض ينزلها للرعى لا للعمارة، فهم والناس في الرعى سواء، ولكن يبدؤون بمائهم.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن بئر الماشية هي ما حفره الرجل في غير ملكه على ما عهده مما يحفره الرجل لماشيته في البراري وفيافي القفار، فهذه البئر إذا حفرت فإنما جرت العادة أن يحفر لشرب ماشيته، ويتصدق بما فضل من مائها ويسيحه للناس، فاتفق مالك وأصحابه على أنه لا يمنع ما فضل عنه من مائه. قال مالك في المدونة: لا يباع بئر الماشية، ما حفر منها في جاهلية ولا إسلام.

وإن حفرت في قرب، قال ابن القاسم: يريد قرب المنازل إذا كان إنما احتفر للصدقة. قال ابن القاسم: وإنما كره مالك بيع ماء بئر الماشية وبيع أصلها وأهلها أحق بمائها، فإذا فضل عنهم فضل، فالناس فيه أسوة، قالوا: وأما من احتفر بئراً في أرضه لبيع

---

١٤١٠ - أخرجه البخاري ٣/٣٢١ كتاب الشرب والمساقاة باب من قال: إن صاحب الماء أحق بالماء، عن أبي هريرة. ومسلم ٣/١١٩٨ كتاب المساقاة باب ٨ رقم ٣٦، عن أبي هريرة. وأبو داود برقم ٣٤٧٣، ٣/٢٧٥ كتاب البيوع باب منع الماء، عن أبي هريرة. والترمذي برقم ١٢٧٢، ٣/٥٦٣ كتاب البيوع، عن أبي هريرة. وابن ماجه برقم ٢٤٧٨، ٢/٨٢٨ كتاب الرهون، عن أبي هريرة. والبيهقي في الكبرى ٦/١٥١، عن أبي هريرة. والبغوي في شرح السنة ٦/١٦٨، عن أبي هريرة.

كتاب الأقضية ..... ٣٩٣

مائها أو لسقى ماشيته، ولم يحتفرها للصدقة، فلا بأس ببيعها، فتقرر من هذا أن ما احتفراه في أرضه، فالظاهر أنها على الملك وإباحة البيع حتى يبين أنها للصدقة، وما احتفر في غير أرضه للماشية أو للشرب فقط، ولم يحفرها لإحياء زرع وغرس، فالظاهر أنه احتفرها ليكون المقدم في منفعتها، وللناس فضلها؛ لأنه إنما يحفرها بحيث لا يباع مأوها، ولا جرت به العادة إلا ببذلها، فإنما ينصرف عملها دون شرط إلى المعتاد من حالها، وعلى ذلك يحمل، وبهذا الحكم يحكم لها.

مسألة: فإن بين وأشهد أنه يريد به التملك، فلم أر فيه نصاً، والظاهر عندي أنه على شرطه، وبهذا تتعلق الكراهية عندي، ويكون بمنزلة من أحيا أرضاً، فإن كان بالبعد وحيث لا يضر بأحد، فلا اعتراض فيه عليه، وإن كان بالقرب وحيث يخشى الاستضرار نظر فيه الإمام.

مسألة: وهذا حكم الآبار. فأما في المواجل، ففي المدونة قال: ما عمل منها في الصحارى والفيافي كمواجل طريق المغرب، فإنها كالأبار التي تحتفر للماشية.

وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة في جباب البادية التي تكون للماشية: لا ينبغي أن يمنع فضل مائها ليمنع به الكلاً قيل له فالجباب التي تجعل لماء السماء، قال: ذلك أبعد. وقال المغيرة: من حفر جباً، فله منع أن يشرب منه غيره، فليس كالبئر.

ووجه القول الأول أن هذا عمل ليتوصل به إلى رعى الكلاً بالماء، فأشبهه البئر.

مسألة: ووجه القول الثاني أن المواجل ليست مما يتخذ غالباً للمواشى لما فيها من النفقات والمؤن، وغالب عملها للتمليك إلا من أعلن بالصدقة.

إذا قلنا إنه لا تباع بئر الماشية، ولا يباع مأوها، ففي المجموعة عن ابن القاسم عن مالك: لا يورث، ولا يوهب، ولا يباع، وإن احتاج، ولا يريد بقوله: لا يورث، أنه لا يكون ورثة محتفراها أحق بمائها.

وقد قال ابن حبيب في معنى قول مالك: إنها لا تباع، ولا تورث، وصاحبها الذي احتفراها أو ورثته أحق بحاجتهم من مائها. قال: وهو قول جميع أصحابنا، وروايتهم عن مالك.

قال عن ابن الماجشون: لا تقع في بئر الماشية المواريث بمعنى الملك، ولا حظ فيه لزوج، ولا زوج من بطن على بطن، قال: ومن استغنى منهم عن حظه من الشرب، فليس له أن يعطى حظه أحدًا، وسائر أهل البئر أولى منه.

٣٩٤ ..... كتاب الأقضية

ومن غاب وأوصى بثلث بئر ماشيته لإنسان، فقد قال أشهب عن مالك: إن البئر لا يباع، ولا يورث، يعنى أن الرصية لا تنفذ فيه؛ لأنه وجه من العطية كالهبة. قال أشهب فى المجموعة: لا يباع بئر الماشية لأنه إذا كان فضلها لغيره، فقد اشترى من مائها ما يرويه، وذلك مجهول.

فروع: فإذا قلنا بالمنع من بيع بئر الماشية، فظاهره فى المدونة أنه على الكراهية لأنه قال: إنه كره بيع مواجل الطريق، وإنما كان يعتمد فى ذلك على الكراهية، وهى كالآبار التى تحفر للماشية. وقال فى الجعل والإجارة: ولا أرى بيع ذلك حراماً، وبه قال الشافعى.

وظاهر ما فى المجموعة التحريم، لأنه قال: وقال مالك: لا يجوز بيع بئر الماشية، وهذا الذى حكاه القاضى أبو محمد. وقال ابن القاسم وأشهب وابن نافع عن مالك: وأما بئر الماشية، فمنع فضل مائها لا يجوز، فإنه من بيع الكلأ المباح. وقال فى المدونة: وللناس ما فضل.

وعلى ذلك أشهب بأن ما يشتريه مجهول. وقال ابن القاسم: لا يباع لأن للناس فيه حوائج، ويدل عليه نهيه عليه السلام عن منع فضل الماء ليمنع به الكلأ.

وظاهر النهى التحريم، وعلى ذلك منع من أن يورث والله أعلم وأحكم. ولو كان على ما قال أشهب لجاز أن تورث وتوهب؛ لأن الجهالة لا تمنع ذلك.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندي أنه إنما تنصرف الكراهية إلى أن يحفر أولاً بمعنى الانفراد به. وأما إذا حكم له بحكم الإباحة لفضيلة، فإنما يجب أن يحمل على التحريم من منعه، وهو ظاهر الحديث، ومقتضى منع الزوجة والزوج من المشاركة فيه ومنع هبته.

فروع: ولم يبدأ بالشرب، قال ابن الماجشون: إن كانت لهم سنة من تقديم ذى المال الكثير لو قدم على قوم أو كبير على صغير حملوا عليه وإلا استهموا.

ووجه ذلك أن من استحق التقديم لسنة استمرت له، وإن لم يكن منهم من يستحق ذلك أسهم بينهم؛ لأنه السبيل إلى تقديم من لا يستحق التقديم بغير هذا السبب، ولا يستحق عليه.

مسألة: ولأهل البئر، قال فى المدونة: والمواجل حاجتهم من الماء لا يشركهم فيها



غيرهم؛ لأن النبي ﷺ إنما نهى أن يمنع فضل الماء وأما قدر الحاجة منه، فلم يتعلق به منع، فكان لهم بحق اليد واجباً، وأما ما فضل منه، فالناس فيه سواء.

مسألة: وأما ابن السبيل، فقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة: لا يمنع ابن السبيل من ماء بئر الماشية، وقد كان يكتب على من احتفر: أن أول ما يشرب بهذه الآبار المحدثه أبناء السبيل.

قال ابن القاسم: كل بئر كانت من آبار الصدقة كبئر الماشية وبئر السقيا أن ابن السبيل يشرب من ماء بئر الماشية، ولا يمنع من ذلك بعد أن يروى أهلها، فإن منعهم أهل الماء بعد ريهم، لم يكن عليهم دية قراهم؛ لأن النبي ﷺ قال: «لا يمنع نفع بئر»<sup>(\*)</sup>.

قال ابن القاسم: ولو منعهم حتى مات المسافرون عطشاً، كانت لهم دياتهم على عاقلة أهل الماء، والكفارة على كل رجل منهم، كفارة عن كل نفس منهم مع الأدب الموجه من الإمام.

وقال أشهب في المجموعة: لابن السبيل أن يشرب ويسقى دوابه من فضل ماء الآبار والمواجل إلا أن يكون فيه فضل، وقد اضطرت دوابهم إليه، والمسافة إلى ماء آخر بعيدة، فيكون ذلك بينهم أسوة إلا أن يكون لأهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر، فيكون السفر أولى به في أنفسهم ودوابهم.

وقد كتب عمر بن عبدالعزيز في الآبار التي بين مكة والمدينة: ابن السبيل أولى من شرب بها، وهو حسن لا اضطاراه إلى ذلك، ويتزود منه، وليس بأهل القرية مثل تلك الضرورة لقرب غوثهم ومحارم بئرهم، وهم مقيمون والسفر راحلون.

مسألة: وأما الماء الذي لأهله بيعه كالبئر يحتفرها الرجل في داره وأرضه لبيع ماءها؛ فله أن يمنع ابن السبيل من مائها إلا بالثمن إلا أن يكون ابن السبيل لا ثمن معه، وإن منع خيف عليه أن لا يبلغ الماء، فلا يمنع، فإن منع، جاهدتم عليه، وإن لم يخف عليه ضرر كان لهم منعه، والله أعلم.

فصل: وأما ما يحدث في المياه من الخيتان، ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك في البركة والغدر والبحيرة فيها الخيتان: لا يعجنى أن يبيعها أهلها، ولا ينبغي أن يمنعوا تصيدها. وروى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن القاسم سوى بين الناس فيما كان في ملكهم أو في غير ملكهم كالكلأ.

(\*) سيأتي تحريجه في الحديث رقم ١٤١١.

٣٩٦ ..... كتاب الأفضية

وقال أشهب في المجموعة: من كانت له عين أو غدير فيها سمك، فإن كان طرح فيها سمكا فتوالدت، فهو أولى به، وإن كان ذلك جاء مع الطين، فليس له أن يمنع من يصيد فيه إلا أن يضر به الصيادون. وقال في المجموعة سحنون: له أن يمنع مراعى أرضه وحيثان غديره؛ لأن ذلك في ملكه وحوزه، وذلك سواء.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: ما كان من ذلك ملكا له، وفي حوزة، فله منع الناس منه، وما كان في الأنهار والخلج التي لا تملك، فليس لمن دنا إليه بسكنائه، وحقه أن يمنع منه طارئاً.

فصل: وقوله عليه السلام: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاء» قيل إنه يقتضى النهى عن الذرائع، ومعنى ذلك أن منع فضل الماء ليتسبب به إلى منع الكلاء المباح لا يقدر على رعيه من منع فضل الماء والمانع فيما يحتاج إليه من الماء يقصد غالباً الانفراد بالكلاء، فمنع من ذلك، ووجب على هذا على أصل مالك وأصحابه في الذرائع أن يمنع منه من قصد الكلاء ومن لم يقصده، والله أعلم.

مسألة: وأما الكلاء، فعلى ضريين، ضرب في فيافي الأرض، وضرب في العمارة، قال مطرف: فما كان في فيافي الأرض، فلا يجوز لأحد أن يمنعه غيره، ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن منع فضل الماء ليمنع بذلك الكلاء.

قال ابن القاسم في المجموعة: إنما ذلك في الفياقي والقفار فتقرر من ذلك أنه لا يحمي شيء من ذلك الكلاء، ولو جازت مباشرته بالمنع لما احتاج المانع له أن يمنع فضل الماء ليتوصل به إلى منع الكلاء.

وروجه آخر أن النهى إنما توجه إلى منع فضل الماء وأن يتوصل به إلى منع الكلاء، ولم يتوجه به إلى المنع من فضل الماء، وإنما تضمن ذلك المنع من الكلاء على الإطلاق.

وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه حمى البقيع لخليه، وأن أبا بكر حمى الربرة، وأن عمر حمى سرف والربرة، فإن ذلك إنما هو أن يحمي موضعاً لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة إلى ذلك لماشية الصدقة التي يحتاج إليها، والخيول التي يحمل عليها.

وقد روى عن عمر أنه قال: والذي نفسي بيده، لولا المال الذي أحمل عليها في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً، إنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام.

كتاب الأقضية ..... ٣٩٧

وقد روى ابن شهاب عن عبدالله بن عبدالله عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا حمى إلا لله ولرسوله» يريد والله أعلم، أنه لا يمنع الناس منها إلا لما كان لله تبارك وتعالى كإبل الصدقة، فلا يكون ذلك إلا فيما ذكرناه من فيافي الأرض التي هي لجماعة المسلمين أو من حقوق قوم من العرب، فلا يصح أن يمنعوا منها إلا بهذا الوجه.

وأما منعهم إياها من غيرهم، فليس لهم ذلك فيما بينهم ومن عرف منهم برعى لطول مقامه به أو استيلائه عليه وإسلامه عليه، فقد قال ابن عبدوس: ما أسلم عليه القوم من أرض الأعراب وفيافيهم إذا لم يكن فيها فضل عن رعى ماشيتهم، لم يكن لغيرهم من قبائل العرب والناس الدخول عليهم فيها، ولهم منعهم منها، وليس لهم بيع ذلك بمنزلة بئر ماشيتهم هم مبدؤون بمائها وبرعى كالأها ولهم منع فضلها، ويدل على هذا قول ابن الماجشون في بئر الماشية يموت صاحبها: أنها لورثته لا حق فيها لزوج ولا زوجة إذا لم تكن من ذلك البطن.

وقد روى ابن سمعان عن رجال من أهل العلم في إحياء أهل البادية ينزل بهم قوم يريدون المقام معهم: لهم ميل في ميل لمرعى غنمهم، ولقاحهم، ومرابط خيلهم، ومخرج نسائهم، وكان سحنون يعجبه حديث ابن سمعان هذا.

وروى عن عمر بن عبدالعزيز أنه قال: لهم مائتا ذراع بحيث لا تبين المرأة، ولا يسمع الصوت، وهذا يحتمل أن يكون لما تقدم من أنهم يملكون ذلك ملكاً غير تام أو يملكون الانتفاع به.

قال عبد الملك: إذا كانت معروفة لحى من العرب، فإنها حقهم فلهم منعها، وملكهم إياها كالعمري، وهو بخلاف حق من شرى أو أحيا أو ورث أو وهب له. وقال غيرهم: ليس ملكهم لها بالتام. ويحتمل أن يكون بمعنى الضرر اللاحق بالمجاورة.

قال سحنون عن ابن وهب: فهذه الأحمية إنما كانت في مثل هذه الأراضي بالبيع قدر ميل في ستة أميال ما بين ميل إلى ميلين، واستعمل أبو بكر على حماية الربذة قرطة بن مالك، وكان ما حمى منها قريباً من خمسة أميال في مثلها، ولم يزد على ذلك عمر بن الخطاب، واستعمل عليه مولاه سلامة، وحمى بسرف نحواً مما حمى بالربذة، واستعمل عليه مولاه هنبأ.

مسألة: وأما ما كان منه في القرى ومواضع العمارة، فلا يخلو أن يكون لغير معين كمسارح القرى أو لمعين كأرض رجل بعينه.

٣٩٨ ..... كتاب الأفضية

فأما ما كان لغير معين، وهو من مسارح القرى، فمبنى على ما تقدم من جواز قسمتها أو منع ذلك، فمن جوز قسمتها، أجراها مجرى الملك المعين، ومن منع اقتسامها، أجراها مجرى مسارح الفيافي لاسيما على قول من قال: إن أهلها الذين أسلموا عليها أحق بها.

قال ابن القاسم فى المجموعة: وأما القرى والأرضون التى عرفها أهلها، فلهم منع كالأها، عند مالك، إن احتاجوا إليه.

مسألة: وأما ما كان فى أرض رجل معين، فلا يخلو أن يكون محظراً عليه، أو غير محظر عليه، أما ما كان محظراً عليه، فقد قال عيسى بن دينار فى المدنية: له منعه وبيعه وما لم يحظر عليه، فلا يجوز منعه إلا أن يحتاج إليه لماشيته ودابته.

وفى المجموعة عن ابن القاسم عن مالك فى الرجل له أرض فيها العشب أن له أن يمنعه إن كان له به حاجة، وإلا فليس له ذلك، ويخلى بين الناس وبينه، وله بيع مراعى أرضه سنة بعد أن يطيب، ويبلغ أن يرعى ولا يبيعه عامين.

قال عيسى بن دينار فى العتبية: سألت ابن القاسم عن قول مالك، وكذلك قال ابن حبيب: سألت مطرفاً عن قول مالك: وإن، كانت له أرض، فله منع كالأها إن احتاج إليه، وإلا فليخل بين الناس وبينه، ومن قوله: لا بأس ببيع خصب أرضه عامه ذلك إذا بلغ أن يرعى، فأى خصب يبيحه للناس، وأى خصب يبيعه، فقال: الخصب الذى يمنع الناس منه، وإن لم يحتج إليه فى ماء مرجه وحماه. وأما الذى ليس له منعه ولا له بيعه إلا أن يحتاج إليه، فما كان من خصب فدادينه وفحوص أرضه.

قال ابن حبيب: وسألت ابن الماجشون عن ذلك، فساوى بين الوجهين، وقال: هو أحق بخصب أرضه البيضاء كلها التى يزرعها إن لم يكن حمى ولا مرج إن شاء باع، وإن شاء منع أو رعى، وإنما لا يحل له بيعه ولا منعه إن لم يحتج إلى رعايته خصب القناء من منزله.

قال أصبغ: ورأيت أشهب ينكر رواية ابن القاسم عن مالك أن للرجل منع خصب أرضه، وكان لا يجيز بيع الكالأ بحال، وإن كان فى أرضه وحماه ومرجه وإنما الكالأ كالماء الذى يجريه الله على وجه الأرض، فلا يملك ولا يباع، وهو لمن أنبتة الله فى أرضه له أن يحميه لمنافعه.

فإن استغنى عنه لم يكن له منعه ممن احتاج إليه، ولا يبيعه إلا أن يجتره، ويحتمله كما

يفعل الناس في بيعه، ولو كان هذا لمن هو في أرضه كان ذلك للإمام في أرض العنوة.

وفرق عيسى بين ما حظر عليه وبين ما لم يحظر عليه من أرضه، والفرق بينهما أن ما حظر عليه يلحقه المضرة برعى عشبه والتوصل إليه بإفساد حظاره، ولذلك قال: من كانت له أرض فيها عشب له وحواليها أرض مزروعة له، يضر به الدخول إلى رعيها من مزارعه لم يكن لأحد ذلك، وهذا إنما يقتضى المنع من الرعى لا من الاحتشاش. وأما المنع من ذلك كله، فإنما هو لأنه يرى أنه يملكه بالحظر عليه كما يملكه بالاحتشاش لكونه في ملكه ويده.

وفرق في رواية ابن القاسم عن مالك بين مراعى أرضه وبين عشب مزارعه أن مراعى أرضه لذلك اتخذت، وأما عشب مزارعه، فلم تتخذ لذلك، وإنما اتخذت عنده للزرع، وأما العشب، فعلى حكم بئر الماشية.

ووجه قول أشهب في منع العشب جملة أن أصله الإباحة كالمياه التي هي في أصل مباح، وفرق بين المياه في الأرض المملوكة والكأ في الأرض المملوكة، أن الكأ في الأرض المملوكة ليس من منافعها المقصودة، فصارت كظلال الثمار التي ليس لأرباب الثمار منعها، والله أعلم وأحكم.

١٤١١ - مَالِك عَنْ أَبِي الرَّجَالِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أُمِّهِ عَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهَا أَخْبَرَتْهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا يُمْنَعُ نَقْعُ بَيْتٍ».

الشرح: قوله: «لا يُمْنَعُ نَقْعُ بَيْتٍ» قال مالك في المجموعة: معناه لا يمنع رهو بئر.

قال القاضي، رضي الله عنه: ومعنى ذلك عندى منع فضل الماء، وقد قال ذلك جماعة من العلماء في الواضحة قال مالك: إن النبي ﷺ قال: «لا يُمْنَعُ نَقْعُ بَيْتٍ» وفي حديث غيره: «ولا رهوها» قال أبو الرجال: النقع والرهو، الماء الواقف الذي لا يسقى عليه أو يسقى عليه وفيه فضل.

قال ابن حبيب: قال مطرف عن مالك في تفسير نَقْعُ بَيْتٍ أو رهوها: البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوماً، وهذا يوماً، وأقل من ذلك وأكثر، فيسقى أحدهما، فيروى نخله وزرعه في بعض يومه أو يستغنى يومه ذلك عن السقى، فيريد صاحبه أن يسقى بمائه في ذلك اليوم: ليس له منعه مما لا ينفعه حبسه ولا يضره بذله.

٤٠٠ ..... كتاب الأقضية

وقال مالك: وأما أن يكون البئر لأحد الرجلين في حائطه، فيحتاج الذي لا شرك له في البئر إلى أن يسقى حائطه بفضله مائها، فليس له ذلك إلا لكون بئرته تهورت، فيقضى له أن يسقى بفضله ماء جاره إلى أن يصلح بئرته، ويدخل حيثن في تفسير الحديث «لا يمنع نفع بئر»، وليس له أن يؤخر إصلاح بئرته اتكالا على فضل ماء جاره.

قال ابن حبيب: وقاله ابن الماجشون، وقال لي ابن عبدالحكم وأصبيغ: هو قول ابن وهب وابن القاسم، وروايتهم عن مالك.

ومعنى ذلك عندي أن يكون هذا وجه استحقاقهم للماء بأن يكون من الماء الذي لا يملك أصله ولا مجراه، فيسقى به الأعلى فالأعلى، فمن استغنى منهم عن السقى بما يستحق من ذلك كان للآخر أن يسقى به أو يكون لا منفعة في ذلك الماء إلا لسقيها خاصة، فإذا استغنى أحدهما عن حصته كان الآخر أولى بالانتفاع بها من تضييعها، وليس لشريكه أن يقول: أنا أؤثر ضياعها على انتفاعك عندي.

ويحتمل عندي أن يكون يريد بذلك منع فضل بئر الماشية على ما تقدم، ويحتمل أن يريد به ما فضل من ماء رجل عن زرعه أو حائطه، فيسقى جاره بذلك الفضل بشروط، أحدها أن يكون زرع أو غرس على أصل ماء، فانهارت البئر أو غارت العين.

فأما أن يغرس أو يزرع على غير أصل ماء، فليس له أن يسقى بفضله جاره إلى أن يصلح بئرته، رواه عن مطرف عن مالك، وبه قال ابن الماجشون. وقال ابن عبدالحكم وأصبيغ: وبه قال ابن وهب وابن القاسم وأشهب، وروايتهم عن مالك.

ووجه ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يمنع نفع بئر» وقد تقدم من قول أبي الرجال وغيره أنه فضل الماء. وقد روى: «لا يمنع رهو ماء» والرهو الزائد.

ومن جهة المعنى أن المياه مبنية على المواساة، ولذلك كان فضل ماء بئر الماشية مباحا، ولذلك أمر الأعلى أن يرسل إلى لأسفل ما فضل على قدر حاجته من الماء، ولا يؤمر بإرسال ما يمكنه الاستئثار به من سائر الممتلكات.

فإذا ثبت ذلك كان من دعت ضرورة إلى فضل ماء جاره أن يكون أحق به من تضييعه أو بذله لغيره، وإذا كانت الشفعة ثابتة في الأملاك لرفع الضرر بسببها، وكان أصلها المشاحة، فبأن تثبت المواساة في المياه للضرورة الشائعة فيها مع كونها مبنية على المواساة أولى.

وليس كذلك من غرس على غير ماء، فإنه لم يكن مضطراً. وقد قال الشافعي: لا يمنع الجار جاره أن يغرز خشبة في جداره، إذا لم يكن عليه في ذلك مضرة بينة، ويقضى بذلك عليه، فالفقهاء عليه في الماء أبين. وقد ورد النهي فيها عاماً والله أعلم.

مسألة: والشرط الثاني أن يخاف على زرعه أو نخله من عدم الماء، فإن لم يخف على زرعه، لم يكن له في فضل ماء جاره، قاله أشهب في المجموعة عن مالك.

وجه ذلك أنه إنما أبيح له ذلك للضرورة، فإذا لم يخف على زرعه، فليس بمضطرب كالذي يضطر إلى الطعام، ويجد مال غيره، فإن له أن يأكل منه ما يصرف عنه الضرورة، وليس له ذلك مع عدم الضرورة.

مسألة: والشرط الثالث أن يفضل ماء صاحب البئر عن حاجته، ويستغنى عنه، فإن لم يفضل عنه شيء، لم يكن له أن يأخذ منه ماء، وهو يحتاج إليه، قاله في المجموعة ابن القاسم وابن وهب وابن نافع وأشهب عن مالك.

وجه ذلك أنهما إذا تساويا في الحاجة، فصاحب الماء أحق به كحالة الغنى عنه.

مسألة: والشرط الرابع إذا تساويا في الماء، فصاحب الماء أحق أن يشرع من انهارت بئر أو غارت عينه في إصلاحها على حسب المعروف والإمكان، فإن ترك ذلك واعتمد على السقي من ماء جاره، فقد روى أشهب في المجموعة عن مالك: ليس له أن يسقيها إن كانت روت حتى يبلغ، وإنما ينظر في هذا الماء إلى قدر ما نزل به، وقال مطرف في الواضحة: سقى بذلك إلى أن يصلح بئر، وقاله مالك.

وجه ذلك أن هذا إنما أبيح له مع الضرورة التي ذكرناها، والذي يترك إصلاح بئر واسترجاع مائه غير مضطر، وذلك مثل الذي يضطر إلى أكل مال غيره لضرورة عدم ما يشتريه، لا يباح له أن يقيم، ويأكل من ماء غيره، وإنما يباح له أن يأكل منه قدر ما يبلغ به إلى موضع الوجود مع شروعه في ذلك.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهل يقضى على صاحب فضل الماء أن لا يمنعه؟ في المزية عن عيسى: لا يقضى عليه بذلك، ورواه ابن نافع، وإنما يؤمر به. وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك: يقضى عليه بذلك لجاره، ويجبر عليه.

وجه قول عيسى أن هذا ملكه، فكان له منعه من جاره ليصلح به حاله كدنانير ودراهم.

٤٠٢ ..... كتاب الأقضية

ووجه قول ابن القاسم الحديث المتقدم قوله عليه السلام: «لا يمنع نفع بئر» ومعناه على ما تقدم فضل مائه.

فصل: فإذا قلنا إنه يحكم عليه بذلك، فهل يقضى له بثمنه؟ قال في المدنية: روى عنه أصبغ، وذلك عندي إذا أتى بالثمن. وقال في رواية غيره: بلا ثمن.

وجه الرواية الأولى في إثبات الثمن أنه عقد تمليك وجب الحكم به لدفع ضرورة، فكان ذلك بالعوض كالشفعة.

ووجه الرواية الثانية في نفيه أنه لما حكم عليه بتسليم الماء دون انتقال ملكه عنه، ولا انتقاله إليه كان ذلك بغير عوض كالأستحقاق، ولأنه فضل ما يقضى به، فلم يكن له ثمن كبئر الماشية. وقال أشهب في المجموعة: إن كان عنده ثمن، فله فضل ما يكون بالثمن، وإن لم يكن عنده ثمن، سقيت له بغير ثمن.

فرع: وإذا قلنا إنه لا يقضى عليه به، فقد قال في المدنية: إن باعه، كان جاره الذي انقطع ماؤه أولى به بالثمن.

ووجه ذلك أن انتقال الملك مؤثر في أن يكون من يدفع به الضرورة أولى به كالشفعة في الشراك من الأرضين والرابع.

\* \* \*

### القضاء في المرافق

١٤١٢ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»<sup>(١)</sup>.

١٤١٢ - أخرجه ابن ماجة برقم ٢٣٤٠، ٧٨٤/٢ كتاب الأحكام، عن عبادة بن الصامت. وأحمد ٣١٣/١، عن ابن عباس. والبيهقي في الكبرى ٦٩/٦، عن أبي سعيد الخدري. والحاكم في المستدرک ٥٨/٢، عن أبي سعيد الخدري. والطبرانی في الكبير ٨١/٢، عن ثعلبة. والدارقطني ٧٧/٣، عن أبي سعيد الخدري. وذكره الهيثمي في المجمع ١١٠/٤ وعزاه للطبرانی، عن عائشة.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٢٣/٨: لم يختلف، عن مالك في إسناده هذا الحديث وإرساله هكذا. وقد رواه الدراوردي، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري، عن النبي ﷺ. ورواه كثير بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ. وإسناد كثير هذا، عن أبيه، عن جده غير صحيح.



كتاب الأقضية ..... ٤٠٣

الشرح: قوله: «لا ضرر ولا ضرار» يحتمل أن يريد به التأكيد، فيكون معنى الضرر والضرار واحداً، واختار ابن حبيب هذا القول، ويحتمل أن يريد به: لا ضرر على أحد، بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز له إضراره بغيره. وقال الخشنى: الضرر، هو ما لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة، والضرار، ما ليس لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة.

ومعنى ذلك، والله أعلم، أن الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه، وكان فيه ضرر على غيره، وأن الضرار ما قصد به الإضرار لغيره، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِداً ضُرَّاراً وَكُفْرًا وَتَفْرِيقاً بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [التوبة: ١٠٧].

ويحتمل عندى أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره، والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه؛ لأن هذا البناء يستعمل كثيراً بمعنى المفاعلة كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام، وكذلك الضرار، فهى النبى ﷺ عن أن ينفرد أحدهما وغيره بالإضرار بجاره عن أن يقصدا ذلك جميعاً.

وليس استيفاء الحقوق فى القصاص من هذا الباب؛ لأن ذلك استيفاء الحقوق أو ردع عن استدامة ظلم، وإنما الضرار فيما ليس فيه إلا مجرد الإضرار بصاحبه. فأما الضرر على هذا التأويل، فمثل ما يحدثه الرجل فى عرضته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كير لعمل الحديد أو رعى مما يضر بالجيران، فقد قال ابن القاسم عن مالك فى المجموعة: إن لهم منعه، وقاله فى الدخان. قال: وأرى التنور خفيفاً.

ووجه ذلك أن ضرر الفرن والحمام بالجيران بالدخان الذى يدخل فى دورهم ويضر بهم، وهو من الضرر الكثير المستدام، وما كان بهذه الصفة منع إحداثه على من يستضر به.

مسألة: فأما الرخا، فإن الذى ينال منها الجيران أمران، أحدهما: إفساد الجدران، فإن ثبت أن هذا يضر بالجدران يهدمها، فإنه من الضرر الذى يمنع، وأما صوتها، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الغسال والضراب يؤذى جاره وقع صوتهما: أنه لا يمنعهما من ذلك، فيحتمل رواية ابن القاسم الخلاف فى ذلك؛ لأنه لم يبين وجه الضرر الذى يمنع منه.

ووجه القول الأول عندى إنما ذلك فى الصوت الصغير الذى ليس له كبير مضرة، أو

٤٠٤ ..... كتاب الأقضية

يكون فى بعض الأوقات، ولا يستدام. وأما ما كان صوتاً شديداً أو يستدام كحوانيت الكمادين تتخذ عند دار الرجل أو حوانيت الصفارين، أو الرحا التى لها الصوت الشديد، فإنه ضرر يمنع منه، والله أعلم.

ووجه القول الثانى أنه ضرر يصل إليه فى منزله، فتعلق المنع به كضرر الرائحة.

مسألة: وأما الدباغ يؤذى جيرانه بتنن دباغه، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: يمنع منه.

والفرق بينه وبين الصوت على أصلهما أن هذا ضرر دائم، فوجب أن يمنع منه كسائر ما يحدث من الضرر الممنوع.

مسألة: ومن ذلك الكنيف، يحدثه الرجل، فيضر بجدار جاره بما يدخل من الرطوبة والبلل فى ملك جاره.

ووجه ذلك أنه أحدث على جاره فساداً فى ماله، فمنع منه كالهدم.

مسألة: ومن كان له أندر إلى جانب جنان رجل يضر به تبته، قال مطرف وابن الماجشون: يمنع من ذلك. وقال سحنون فى العتبية: إذا كان الأندر قبل بنيان الجنة لم يغير.

وجه القول الأول أن البنيان، وإن كان محدثاً، فإن لصاحبه أن يمنع صاحب الأندر، وإن كان قديماً يمنع من وقوع تبته فى أرضه كما يمنع ماشية قديمة من الدخول إلى أرضه، وبالله التوفيق.

ووجه قول سحنون أنها منفعة استحقها بالقدم، فلم يمنع منها.

مسألة: ومن رفع جداره، فمنع جاره من ضوء الشمس ومهب الريح، فقد روى ابن نافع عن مالك فى المجموعة: لا يمنع من ذلك، وقاله ابن القاسم. وهو فى كتاب البنيان من رواية ابن القاسم عن مالك.

وقال ابن كنانة: إلا أن يفعل ذلك ليضر بجاره دون منفعة له، فإنه يمنع منه.

ووجه ذلك أن ما فعله فى ملكه لم يوجب إدخال شيء مما لم يستثبت منه فى ملك جاره، ولا يمنع المنفعة المقصودة من داره، فلا يمنع من عمله فى أرضه.

ووجه آخر أنه لو جاز ذلك لبطل البنيان لأن ما من أحد يبنى حائطاً فى آخر ملكه

كتاب الأقضية ..... ٤٠٥

إلا ولا بد أن يمنع الشمس من ملك جاره ويمنع الريح، ولما أجمع المسلمون على حوار البنيان، وإن منع هذا، فكان في مسألتنا مثله.

مسألة: ومن كانت له أرض ملاصقة أندراً لغيره، فأراد أن يبنى فيها ما يمنع الريح عن الأندر، ويقطع منفعته، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يمنع من ذلك.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: أنه يمنع ما يضر بجاره في قطع مرافق الأندر التي تقادم. وقال ابن نافع: ليس لأحد أن يحدث بقرب الأندر ما يضر بصاحب الأندر، وإن احتاج إلى البنيان. وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»، وقاله سحنون.

ووجه القول الأول ما احتج به سحنون في العتبية أن للبانى أن يبنى، فإن منع هبوب الريح، منع، كما منع هبوب الريح وضوء الشمس من دار جاره.

ووجه القول الثانى أن المقصود من الأندر هذه المنفعة، فليس لأحد أن يقصد منها ما يمنع منها كسكنى الدار.

مسألة: ومن اتخذ كوى وأبواباً، يشرف منها على دار جاره وعياله، فقد قال مالك وابن القاسم: يمنع من ذلك كله.

قال مالك: وذلك إذا كان ينال بالنظر. وقال ابن القاسم فى كتاب البنيان: إذا كانت من كوى لاحقة بالسقف أو مقاربة له، لا يطلع منها لم يمنع من ذلك، وأما ما يطلع منه، فإنه يمنع.

وقال ابن وهب عن مالك نحوه، وزاد: لا يكلف الأسفل أن يعلى بنيابه حتى لا يراه. ووجه ذلك أن هذه مضرة، أحدثها على جاره فى مسكنه، فلزمه إزالتها.

مسألة: ومن بنى مسجداً على ظهر حوانيت له، وجعل له سطحاً يطلع منه على دار رجل، فإن بانى المسجد يجبر على أن يستر على سطح المسجد، ويمنع الناس من الصلاة فيه حتى يتم الستر.

ووجه ذلك أن المسجد قد أحدثه البانى، ولا يمكن هدمه، ولا يمكن من الإضرار بالرجل، فعليه أن يستر عليه؛ لأنه أحدث الضرر عليه كما لو أحدثه فى داره.

مسألة: ومن بنى غرفة، وفتح فيها أبواباً وكوى، يطلع منها على قاعة لغيره، فأراد

٤٠٦ ..... كتاب الأفضية

صاحب القاعة منعه من ذلك، وقال: هذا يضر بى إذا بنيت فقد قال ابن الماجشون: ليس له منعه. وقال مطرف: له منعه، قبل أن يبنى وبعد أن يبنى.

ووجه القول الأول أن هذا مما لا مضرة على صاحب القاعة فيه حين بنائه، وإنما يراعى الضرر حال حدوثه لا ما يؤول إليه بعد ذلك.

ووجه قول مطرف أن من منافع صاحب القاعة أن يبنى فيها داراً، فليس لمن بنى الغرفة أن يحدث عليه ما يمنعه من تلك المنفعة، ولا ما يضره فيها.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن الماجشون: ليس له منعه عند إحداث الاطلاع أنه يطلع منه على موضع لا يستضر بالاطلاع عليه، وإن بنى فى القاعة داراً لم يكن له أيضاً أن يمنعه الاطلاع؛ لأنه قد استحق ذلك لقدم إطلاعه قبل بناء داره، قاله ابن الماجشون.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: وأذكر أنى رأيت لابن القاسم أن له منعه إذا بنى. وجه قول ابن الماجشون ما تقدم. ووجه القول الثانى الذى أوردته لابن القاسم أنه لم يكن له منعه قبل البناء؛ لأنه يمنعه بذلك منفعة أرضه، ولا أدخل عليه ضرراً باطلاعه، فإذا بنى الثانى داراً يضر به الاطلاع كان له منعه بتقدم ملكه.

مسألة: ولا يخلو أن يكون الضرر فيما لا يتزايد أو فيما يتزايد، فإن كان مما لا يتزايد، فقد روى يوسف بن يحيى عن ابن مزين: ما كان من الضرر باق على حال واحدة، لا يتزايد كفتح الأبواب والكوى وشبهه، فإنه يستخفه من أحدثه بطول الزمان، وما يحدثه الرجل، فيمسك عنه جاره لما يقوم عليه بعد زمان، فما كان يتزايد ضرره كالكنيف يحدثه، فإن شكا جاره الضرر بعد طول زمان، فله أن يغيره، وكذلك ما يفتح كمنبتق الماء، وكذلك الدباغ، إن ضرر ذلك يتزايد، فعلى هذا الضرر الذى هو أقدم مما يضر به لا يغير قولاً واحداً.

وما أحدث بعد ما يضر به، فعلى قسمين، أحدهما: أن يترك القيام عليه، والمنع منه حتى يطول زمانه، ويستحق، فما كان منه لا يتزايد أو يتزايد، فعلى ما تقدم.

والقسم الثانى أن يقام بمنعه عند إحداثه، فهذا لا خلاف فى المنع منه وإزالة الضرر به، وبالله التوفيق.

مسألة: ومن فتح مطلعاً على دار غيره، فلهما مقام عليه سد ذلك، فطلب أن يسدها من خلف بابها، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: ليس له ذلك، وليقلع الباب ويسده؛

كتاب الأفضية ..... ٤٠٧

لأن ترك الباب يوجب الحيازة بعد اليوم، يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة، فيصير حيازة.

مسألة: ومن باع داراً، وقد أحدث عليه جاره مطلقاً، أو مجرى ماء أو غيره من وجوه الضرر، فيما له فيه القيام، فقد قال مطرف وابن الماجشون: إن كان المانع لم يقم في ذلك حتى باعها، فلا قيام للمشتري، فلو كان قد قام فخاصم، فلم يتم له الحكم حتى باع بعد القيام، فللمشتري أن يقوم ويحل محله، وقاله أصبغ.

وجه ذلك أن ترك من أحدث عليه الضرر القيام في ذلك حتى باع يقتضى الإباحة، وأنه باع على أن ذلك حق قد تخلى عنه لمحدثه، وإذا باع بعد القيام فيه، فقد أظهر أنه لم يبيع له ذلك، ولا أقره عليه، وقد باع الدار بجميع منافعها، وإزالة الضرر من جملة ذلك.

مسألة: ومن كانت في داره شجرة إذا صعد فيها ليجنيها اطلع على دار جاره، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: لا يمنع من ذلك كانت قديمة أو حديثة، بخلاف الغرفة، ولكن يؤذن جاره.

وروى عبد الملك بن الحسن في العتبية عن ابن وهب نحوه، ومعنى ذلك أنه ليس هذا الاطلاع مما يستدام، وإنما يفعل في الندرة على وجه الاجتناء وتحصيل المنافع، لا على وجه الاطلاع والنظر كما لو اطلع على سقفه لإصلاحه.

فصل: وهذا كله في الضرورة، وأما العام فمثل تضيق الطرق وما جرى مجراه، فهذا يمنع منه وأما إخراج العساكر والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين، فقد روى ابن القاسم عن مالك: لا بأس بذلك. قال ابن القاسم: واشترى مالك داراً لها عسكر، فقال: إلا أن يكون جناحاً بأسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق، فإنه يمنع منه. وقال أبو حنيفة: يمنع منه على كل حال.

والدليل على ذلك أنه منفعة مباحة يحتازها لا مضرة فيها على غيره، ولا تضيق لفنائها، فلم يمنع من ذلك كضوء السراج، وظل الحائط.

مسألة: ومن بنى ينياناً يطل منه على غيره، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: من بنى على شرف، يطل منه على موردة القرية على قدر غلوة أو غلوتين، فإن كان لإشراف مكانه فقط، لم يمنع، وإن وجد عنه مندوحة، وكذلك إن أطل من ذلك الشرف على دور جيرانه، لم يمنع إذا كان ذلك حال ذلك الموضع

قبل البناء، وإن كان إطلاعه على الموردة يعليه فتح بابها إلى الموردة أو كوى منع ذلك.  
 ووجه ذلك أن ما كان من خلق البارى وحال بقعة الأرض، لم يمنع؛ لأنه أمر قد  
 تقادم واستحق، وإنما يغير المحدث.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالضرر على ضربين محدث وقديم، فأما المحدث فقد تقدم  
 حكمه. وأما القديم، فقد قال سحنون فى قناة قديمة فى حائط رجل: لا يغير القديم،  
 وإن أضر بجاره، وكذلك قال فى الأفران، توقد للفخار بين دور قوم، ربما شكوا جيرانها  
 دخانها: أن القديم منها لا يعرض له. وقال ابن القاسم فى المجموعة: من كانت له كوة  
 قديمة، يضر بجاره، لا أمنعه من القديم.

وهذا كله على نص غير ما ذكر عن مطرف وابن الماجشون فى تبن الأندر، فإنهما  
 منعاً منه، ويلزمهما مثل ذلك فى القناة القديمة فى الحائط، والله أعلم وأحكم.

١٤١٣ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ  
 ﷺ قَالَ: «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ خَشَبَةً يَغْرِزُهَا فِي جِدَارِهِ». ثُمَّ يَقُولُ أَبُو هُرَيْرَةَ: مَا  
 لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لَأَرْمِينَ بِهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ<sup>(١)</sup>.

١٤١٣ - أخرجه البخارى فى المظالم والغصب ٢٤٦٣، الأشربة ٥٦٢٧. ومسلم فى المساقاة  
 ١٦٠٩. والترمذى فى الأحكام ١٣٥٣. وأبو داود فى الأقضية ٣٦٣٤. وابن ماجه فى الأحكام  
 ٢٣٣٥. وأحمد فى باقى مسند المكثرين ٧١١٣، ٧٢٣٦، ٧٦٤٥، ٨١٣٥، ٨٩٠٠، ٩٤٧٧،  
 ٩٦٤٥.

(١) قال ابن عبد البر فى التمهيد ٣٢٧/٨: هكذا يقول ابن عينة فى هذا الحديث: «إذا استأذن»  
 وكذلك رواية ابن أبى حفصة وعقيل وسليمان بن كثير: «إذا سأل أحدكم جاره أن يضع خشبة  
 فى جداره فلا يمنعه».

هكذا روى هذا الحديث جماعة رواة الموطأ، عن مالك بهذا الإسناد كما رواه يحيى، ورواه خالد  
 بن مخلد، عن مالك، عن أبى الزناد، عن الأعرج، عن أبى هريرة، وقد يحتمل أن يكون، عند  
 مالك بالإسنادين جميعاً، ولكنه فى الموطأ كما ذكرت لك.

وروى الليث بن سعد هذا الحديث عن مالك، فقال فيه: من سأل جاره. حدثنا خلف بن قاسم،  
 حدثنا أحمد بن الحسن الرازى، حدثنا هارون بن كامل. وحدثنا خلف، حدثنا محمد بن أحمد بن  
 المسور، حدثنا مطلب بن شعيب، قال: حدثنا عبدالله بن صالح، حدثنا الليث بن سعد، حدثنى  
 مالك، عن ابن شهاب، عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، عن أبى هريرة قال: قال رسول الله  
 ﷺ «من سأل جاره أن يغرز خشبة فى جداره فلا يمنعه».

الشرح: نهيه ﷺ عن أن يمنع جاره يغرز خشبه في جداره. روى في المجموعة ابن نافع عن مالك أن ذلك على وجه المعروف والترغيب في الوصية بالجار، ولا يقضى به، وقد كان أبو المطلب يقضى به عندنا، وما أراه إلا دلالة على المعروف، وإننى منه فى شك.

وروى ابن وهب عن مالك: هو أمر رغب رسول الله ﷺ فيه. وقال ابن القاسم: لا ينبغي له أن يمنعه ولا يقضى به عليه، وهذا على ما قال، إلا أن ظاهر الأمر عند مالك وأكثر أصحابه، الوجوب، ولكنه يعدل عنه بالدليل، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعى: هو على الوجوب إذا لم يكن فى ذلك مضرة بينة على صاحب الجدار، وبه قال أحمد بن حنبل.

والدليل على ما نقوله أن الجدار ملك موضوعه المشاحة، فجاز له أن يمنع منافعه بغير ضرورة كركوب دابته ولباس ثوبه.

وقد كان أبو هريرة يصل بهذا الحديث: «ما لى أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافهم»، فيحتمل قوله ذلك أنه كان يحمله على الوجوب، ويحتمل أنه كان

---

= قال الليث: هذا - إن شاء الله - ما لنا، عن مالك، وآخره: حدثنا خلف بن قاسم، حدثنا عبدالله بن عمر بن إسحاق، حدثنا أحمد بن محمد بن حجاج، قال: حدثنى محمد بن ربح، ومحمد بن سفيان بن زياد العامرى، قالوا: حدثنا الليث بن سعد، عن مالك، عن ابن شهاب، عن عبدالرحمن الأعرج، عن أبى هريرة، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره فلا يمنعه».

وحدثنا خلف، حدثنا عبدالله بن جعفر بن الورد، حدثنا يحيى بن أيوب بن بادي، حدثنا سعيد بن كثير بن عفير، حدثنا مالك، عن ابن شهاب، عن الأعرج، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: من سأله جاره أن يغرز خشبة فى جداره، فلا يمنعه.

قال سعيد بن عفير: سمعته من الليث، عن مالك، ومالك حتى ثم سمعته من مالك. قال أبو عمر: لذلك جاء به على لفظ الليث، لا على لفظ الموطأ. قال أبو جعفر الطحاوى: سمعت يونس بن عبدالأعلى، يقول: سألت ابن وهب، عن خشبة - أو خشبه - فى هذا الحديث فقال: سمعت من جماعة: «خشبة» يعنى على لفظ الواحدة.

قال أبو عمر: قد روى اللفظان جميعا فى الموطأ، عن مالك، وقد اختلف علينا فيهما الشيوخ فى موطأ يحيى على الوجهين جميعا، والمعنى واحد لأن الواحد يقوم مقام الجمع فى هذا المعنى إذا أتى بلفظ النكرة عند أهل اللغة والعربية، وكذلك اختلفوا علينا فى أكتافكم وأكتافكم، والصواب فيه، إن شاء الله وهو الأكثر: التاء.

٤١٠ ..... كتاب الأفضية

يحملة على النذب، لكنه كان يوبخ من كان يترك إباحة ذلك لجاره، ويشح بحقه، فكان يجرى إلى توبيخه على ترك الأخذ بما ندب النبي ﷺ، ورغب فيه.

وكذلك إعراض من كان يعرض عنه يحتمل وجهين، أحدهما: أن يكون جماعة من علماء الصحابة كانوا يحملونه على النذب، ويعرضون عن حمل أبي هريرة له على ظاهر اللفظ من الوجوب، وإن أخذوا به بخاصة أنفسهم، وأباحوا ذلك لمن جاورهم رغبة فيما رغب فيه النبي ﷺ، ومبادرة إلى ما ندب إليه.

ويحتمل أن يكون جماعة ممن التابعين علموا من أبي هريرة أنه كان يحملة على النذب والترغيب، ويعيب من يتركه، ولا يعمل به، فيعرضون عما يدعوههم إليه، ويؤثرون التمسك بما لهم التمسك به، ويريد هذا التأويل أنه لو كان أبو هريرة يرى إلزامهم ذلك لحكم به، ووبخ الحكام على ترك الحكم به، ولم يوبخ الناس على ترك الإباحة لما يلزمهم إباحته؛ لأن الحكام لهم إجبارهم.

ويحتمل عندى على رواية زياد بن عبدالرحمن فى القضاء بالمر فى أرض الرجل لجاره إذا لم يضر به، أن يكون فى مسألتنا مثله، فيحمل الحديث على ظاهره، والله أعلم وأحكم.

فرع: قال مطرف وابن الماجشون: وكل ما طلبه جاره من فتح باب وإرفاق بماء أو مختلف فى طريق أو فتح طريق فى غير موضعه وشبه ذلك، فهو مثل ذلك لا ينبغي فى الترغيب أن يمنعه مما لا يضر ولا ينفعه، ولا يحكم به عليه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فمن أباح لجاره أن يفرز خشبة فى جداره، فقد قال مالك: لا ينزعه إلا أن يحتاج إلى جداره لأمر لا يريد الضرر، وبه قال ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك: ليس له أن ينزعها، طال الزمان أم قصر، احتاج إلى جداره أو استغنى عنه، مات أو عاش، باع أو ورث.

ووجه رواية ابن القاسم أن صاحب الجدار أملك بجداره، وقد أباح لجاره منفعة كلفه بها مؤنة ونفقة، فليس له أن ييطل عليه نفقته وما يمون بمجرد الإضرار به، فإذا كانت له حاجة، كان أحق بماله.

ووجه الرواية الثانية ما احتج به مطرف وابن الماجشون أنه قد جاء أن لا يمنعه. وقد قال مالك ذلك على الحض. وروى عن أبي هريرة ما روى، وإذا أذن له، فلا رجوع له.



والأظهر عندي أنها عطية يتكلف من أجلها مؤنة وعمل، كما لو وعده أن يعيره شيئاً أو يعطيه إياه من أجل أن يشتري له شيئاً.

فروع: وهل يلزم ذلك بمجرد الإذن؟ الظاهر من قول مطرف وابن الماجشون أنه إذا أذن له، فقد لزمه لما تقدم من قولهما أنه إذا أذن له، فلا رجوع له، وقالوا: إن ذلك يختلف فيما أذن مما يقع فيه العمل والاتفاق من غرز الخشب، وبناء أساس جدار، وإرفاق بماء العيون والآبار لمن ينشئ عليها غرساً، ويتبدئ عملاً مما قلعه، ورده كما كان فساداً أو ضرراً، صغرت المؤنة أو عظمت، فلا رجوع له عاش أو مات، باع أو ورث، احتاج أو استغنى، وهو كالعطية.

وما كان من ذلك لا يتكلف فيه كبير عمل ولا إنفاق، من فتح باب أو فتح طريق إلى مال الآذن أو أرضه أو إرفاق بالشفعة أو لسقى شجر قد سقيت قبل ذلك، ثم نصب ماؤها، فهذا له الرجوع إذا شاء، ويقطع ما أذن فيه، وهذا الذي قالاه في فتح الباب، وإن لم يكن إلا فتح يدخل منه، ويخرج فصحيح جار على أصلهما.

قال ابن حبيب: وقد قال أشهب وابن نافع مثل قولهما. وقال أصبغ: ذلك كله سواء عندي ما فيه عمل وإنفاق، وما ليس فيه شيء من ذلك، إذا أباحه، وأتى عليه من الزمان ما يعار مثله إلى مثل ذلك الزمان، فله منعه إلا في الغرس، فإنه لا يمنعه بعد ذلك.

فروع آخر: فإذا قلنا ليس له الرجوع فيما فيه إنفاق وعمل مع إطلاق الإذن، فإن شرط الرجوع في ذلك متى شاء، فقد قال مطرف وابن الماجشون: الشرط باطل؛ لأن هذا من شرط الضرر والتغيرير بالعامل والإذن نافذ بعد العمل، وهو قبل العمل على هذا الشرط غير نافذ.

ووجه ذلك أنه قد فات بالعمل، ولم يكن فيه عوض فيرد، وأما قبل العمل، فله أن يرجع عنه لما قرن به من الشرط الذي لا يجوز، والله أعلم وأحكم.

فروع: وما له أن يرجع عنه لعدم الإنفاق فيه مع إطلاق الإذن، فإذا قيده بأجل، فقد قال مطرف وابن الماجشون: ليس له الرجوع عنه قبل بلوغ الأجل.

ووجه ذلك أنه وهب له منفعة مقدرة بزمان، فليس له الرجوع في هبته.

فروع: فإذا قلنا بقول مالك فأباح له وضع الخشب إباحة مطلقة من غير تقييد بأجل، فقد قال مالك من رواية ابن القاسم وأشهب عنه فيمن أباح لرجل البناء في عرصته، ثم أراد منعه قبل أن يبنى: فله ذلك.

٤١٢ ..... كتاب الأقضية

وقد تقدم من قول مطرف وابن الماجشون ما ظاهره أنه ليس له إخراج، وقد لزمه ذلك بمجرد الإذن.

وجه قول مالك أنه أذن فيما له منعه، فكان له الرجوع فيه قبل أن يتعلق حق المأذون له فيه بالعمل. أصل ذلك إذا أذن لعبده في التجارة.

وجه قول ابن الماجشون أنه إذا أذن في علم يلزمه به التمون والنفقة. أصل ذلك إذا قال: اشتر هذه الدابة، وأنا أسلفك ثمنها.

فرع: وأما إذا بنى ثم أراد إخراج، أنه ليس له أن يخرج إلا إن أعطاه قيمة ما أنفق. وروى الدمياطي عن ابن القاسم: ليس له أن يخرج، وإن أعطاه ما أنفق. وقال أصبغ: ليس له أن يخرج، وإن أعطاه قيمته قائماً. واختاره يحيى بن عمر. وقال أشهب في كتبه: له إخراج، ويأمره بقلع بنيانه أو يعطيه قيمته منقوضاً.

وجه القول الأول أن العقد غير لازم؛ لأنه إذن في منفعة على ما تقدم، ولكنه لما تمون وأنفق، تعلق حقه بذلك، فليس له أن يخرج إلا أن يجبر عليه ما كان إذنه سبباً لإتلافه.

وجه القول الثاني أنه عقد لازم لما اقترن بالوعد من النفقة والمؤنة.

وجه القول الثالث أنه عقد غير لازم، فلأذن أن يرجع فيه متى شاء والمعار مفرط، حيث لم يتوثق بضرب الأجل، وبهذا احتج أشهب.

فرع: وإذا قلنا له إخراج إذا دفع إليه حقه، ففي نوادر أبي محمد، قال في المدونة: يدفع إليه ما أنفق، قال: وقال في موضع آخر: إذا دفع إليه قيمة ما أنفق، وهذا الذي ثبت في كتابي في المدونة. وقال سحنون عن المغيرة وابن كنانة: يدفع إليه قيمة بنيانه قائماً ونحوه.

قال مطرف وابن الماجشون عن مالك: وجه قوله يدفع إليه ما أنفق أن ذلك الذي يمونه لسبب إذنه، فكان عليه إذا أراد إخراج عدم ذلك.

وجه القول الثاني أنه أُلْف عليه قيمة نفقته. وأما ما زاد على ذلك تبذيراً وخطأ، فلم يجده عليه إذنه.

وجه القول الثالث أن البنيان قد ملكه بتمامه بالنفقة، والتمون وهو الذي أُلْف عليه بإخراجه بعد الإذن، فعليه غرم قيمة ذلك.

كتاب الأفضية ..... ٤١٣

فرع: فإذا قلنا ليس له إخراج به بقرب تمام بنيانه، فمتى يكون له ذلك، قال في المدونة: إذا استكمل ما يرى الناس أنه بنى ليسكن مثل هذه المدة لطولها. وروى عنه الدمياني: إذا مضى من المدة مقدار ما يعار إلى مثله، فالمعنيان متقاربان.

وروى مطرف وابن الماجشون عن مالك: أن كل بان وغارس في أرض قوم بإذنهم أو عليهم، فلم يمنعوه، فله قيمة ذلك قائماً كالباني بشبهة.

وجه القول الأول أن العارية لا تقتضى تملك الرقبة، وإنما تقتضى الإرفاق بالمنافع مدة، فإن لم تكن المدة مقدرة بالأجل، رجع في ذلك إلى العرف والعادة.

وقول مطرف وابن الماجشون مبني على ما تقدم لهما من أنه ليس له إخراجهما بإبطال ما بنياه، فعليه أن يعطيتهما قيمته قائماً كالباني بشبهة.

مسألة: وأما إن ضرب لذلك أجلاً، ففي المدونة عن مالك: ليس له أن يخرج به قبل الأجل، وقبل البناء ولا بعده. قال لأنك قد أوجبت ذلك له.

وجه ذلك أنه عقد لازم لما تقرر بالعقد بمنزلة رجل يقول لرجل: أسلفك أو أرهنتك، ولم يقرر السلف ولا الهبة، فإنه لا يلزمه ذلك، ولو قدرها، للزمه ذلك إذا علق ذلك بعقد أو عمل فيه نفقة.

فصل: وقوله: «أن يغرز خشبه في جداره» هكذا تقييد في كتابي في رواية يحيى بن يحيى، وفي كتاب أبي الحسن الدارقطني في اختلاف الموطآت. وقال لي أبو عبد الله الصوري: سألت أبا محمد عبد الغنى عن ذلك، فقال لي: كل الناس يقولون خشبه على الجمع غير أبي جعفر الطحاوي، فإنه قال: خشبة على التوحيد، والمعنى متقارب، والله أعلم وأحكم.

١٤١٤ - مَالِك، عَنْ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّ الضَّحَّاكَ ابْنَ خَلِيفَةَ سَاقٍ خَلِيفًا لَهُ مِنَ الْعُرَيْضِ، فَأَرَادَ أَنْ يَمُرَّ بِهِ فِي أَرْضِ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَقَالَ لَهُ الضَّحَّاكُ: لِمَ تَمْنَعُنِي، وَهُوَ لَكَ مَنَفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَلَا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ، فَكَلَّمَ فِيهِ الضَّحَّاكُ، عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، فَدَعَا عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُخْلِيَ سَبِيلَهُ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا، فَقَالَ عُمَرُ:

١٤١٤ - أخرجه الشافعي في المسند ١٣٥/٢، والبيهقي في معرفة السنن والآثار ٩/١٢٢٦٤، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٣٠.

لَمْ تَمْنَعْ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ، وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ، تَسْقَى بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا، وَهُوَ لَا يَضُرُّكَ؟ فَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا وَاللَّهِ، فَقَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ، وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ، فَأَمَرَهُ عُمَرُ أَنْ يَمُرَّ بِهِ، فَفَعَلَ الضَّحَّاكُ.

الشرح: قوله: «أن الضحاك ساق خليجاً له» وهو الماء يخرج من شق النهر، والعريض موضع أو نهر بقرب المدينة، وكان بين الخليج وأرض الضحاك أرض لمحمد ابن مسلمة، فأراد أن يمر فيه، فمنعه محمد بن مسلمة، فاحتج عليه الضحاك بأن قال له: «لم تمنعني ولك فيه منفعة تشرب منه أولاً وآخرًا ولا يضرُّك» يحتمل أن يريد الضحاك أن يمر في أرضه بهذا الشرط، وهو أن يكون له أن يشرب به متى شاء، ومثل هذا على وجه المعاوضة لا يجوز، لأن مقدار شربه أولاً وآخرًا مجهول.

وقد روى ابن سحنون عن أبيه فيمن أعطى رجلاً أرض حائط له وترابه على أن يبنيه الرجل بطوبه ونفقتهم، فإذا تم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ما شاء: أن ذلك لا يجوز، لأن الحمل ليس إلى أجل معلوم، ولا ما يحمل عليه كل واحد منهما معلوم.

ويحتمل أن يريد أن ذلك حكم ما يمر في أرضك من المياه إن كان يجري الماء متصلاً بأرضه، فيصل في أرضه، وهو غير مملوك، وإنما كان له يجري على غير أرض محمد، فأراد الضحاك أن يجعل مجراه على أرض محمد ليتوصل بذلك إلى سقى أرضه فيكون محمد أحق به لأنه الأعلى.

وقد قال مالك فيمن له ماء وراء أرض، وله أرض دون أرض، فأراد أن يجري ماءه في أرض: أنه ليس له ذلك، ولم أخذ بما روى عن عمر في ذلك، ورواه عنه ابن القاسم في المجموعة. وقال عنه أشهب: كان يقال يحدث للناس أقضية بقدر ما يحدثون من الفجور.

قال مالك: وأخذ بها من يوثق به، فلو كان معتدلاً في زماننا هذا كاعتداله في زمان عمر رأيت أن يقضى له بإجراء مائه في أرضك لأنك تشرب به أولاً وآخرًا، ولا يضرُّك، ولكن فسد الناس واستحقوا التهم، فأخاف أن يطول الزمان، وينسى ما كان عليه جرى هذا الماء، وقد يدعى جارك عليك به دعوى في أرضك. وقال ابن كنانة نحوه.

وروى زياد بن عبد الرحمن: أنه إن لم يضر به، فليقض عليه بمروره في أرضه، وإن أضر به، منع من ذلك.

وقال أشهب: إن كانت أرضك أحييت بعد إحياء عينه، وأرضه، كان له الممر في أرضك، وأن يجري ماءه فيها إلى أرضه بالقضاء، وإن كانت أرضك قبل عينه، وقيل أرضه، فليس في أرضك ممر، إلى عينه، ولا لعينه ممر في أرضك إلى أرضه.

فعلى هذا يحتمل فعل عمر وجهين، أحدهما: أنه على ظاهره، ولمالك فيه ثلاثة أقوال، أحدها: المخالفة له على الإطلاق، وهى رواية ابن القاسم، واختارها عيسى بن دينار، وبه قال أبو حنيفة.

والدليل على صحته ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يجلن أحدكم ماشية أخيه إلا بإذنه» (\*) واللبن يتجدد ويخلفه غيره، والأرض التى يمر فيها بالساقية لا يعتاض منها.

والثانى: الموافقة له على وجه، وذلك على وجهين، أحدهما: أن مخالفة أهل زمن مالك لأهل زمن فى الحكم إنما كان لاختلاف أحوال الناس، وأن أهل زمنه قويت فيهم التهمة باستحلال ما لم يكن يستحله أهل زمن عمر بن الخطاب، وأن حكم ابن الخطاب تمثل فى الأزمنة التى يعم أهلها ويغلب عليهم الصلاح والدين والتحرر عما لا يحل، وأن الزمن الذى يعم أهله أو يغلب عليهم استحلال أموال الناس بغير الحق لوجب أن يحكم فيهم بالمنع من ذلك، لأنه قد يطول الأمر، فيدعى صاحب الماء الممر فى أرض من قضى له بإمراره فى أرضه، فيدعى ملك رقبة الممر، ويدعى فيها حقوقاً، فيشهد له ما قضى له به، وهذا رواية أشهب، واختارها ابن كنانة.

ووجه آخر، وهو يحتمل أن تكون أرض محمد بن مسلمة إنما صارت إليه بأن أحيّاها بعد أن أحيّا الضحّاك بن خليفة أرضه، وملك ماءه.

والقول الثالث الأخذ بقول عمر وحمله على إطلاق لفظه، وهى رواية زياد بن عبدالرحمن الأندلسى، حكّاها الشيخ أبو محمد نى نوادره.

وأصل ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار» (\*) والضرار إدخال الضرر على الجار دون منفعة لمن جوز ذلك الضرر. وأنكر الشافعى على مالك أنه روى حديث عمر بن الخطاب، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافة، ولم يأخذ به، وليس كما أنكر، فإن محمد بن مسلمة ممن خالفه فى ذلك، وخالف على منعه ذلك، ولو

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٤٣٥. مسلم حديث رقم ١٧٢٦. أبو داود حديث رقم

٢٦٢٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٣٠٢. أحمد فى المسند حديث رقم ٤٤٥٧.

(\*) تقدم تخريجه فى الحديث رقم ١٤١٢.

٤١٦ ..... كتاب الأفضية

اعتقد أنه من حقوق الضحاك بن خليفة لما أقسم على منعه بحضرة عمر بن الخطاب وغيره.

على أننا ذكرنا وجوهاً من موافقة مالك لعمر بن الخطاب في هذا الحكم، ويحتمل أن يكون عمر بن الخطاب لم يقض بذلك على محمد بن مسلمة، وإنما أقسم عليه لما أقسم تحكماً عليه في الرجوع إلى الأفضل، فقد يقسم الرجل على الرجل في ماله تحكماً عليه وثقة بأنه لا يحثه فيغير بقسمه، وإن كان هو قد أقسم على خلاف ذلك كفر هو عن يمينه إكراماً له، وإيجاباً لاسيما إذا دعاه إلى أمر هو أفضل مما ذهب هو إليه في الدين والدنيا، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول عمر لابن مسلمة: «والله ليمرن به، ولو على بطنك» دليل على اعتبار المقاصد دون الألفاظ في الإيمان؛ لأنه لا خلاف أن عمر لا يستجيز أن يمر به على بطن محمد، وإن كان يمينه على معنى التحكم عليه، فإن محمد بن مسلمة لا يسمح بمثل هذا، ولا يتحكم عليه بمثله.

ويحتمل أن يريد به، ولو كنت ممن يخالف حكمي عليك بما أرى أنه الحق، وحاربت وأدت المحاربة إلى مالك، وإجرائه على بطنك لفعلت ذلك في نصرة الحكم بالحق، والأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

١٤١٥ - مَالِك، عَنْ عُمَرَو بْنِ يَحْيَى الْمَازِنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ فِي حَائِطِ جَدِّهِ رَبِيعٍ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، فَأَرَادَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ أَنْ يُحَوِّلَهُ إِلَى نَاحِيَةٍ مِنَ الْحَائِطِ هِيَ أَقْرَبُ إِلَى أَرْضِهِ، فَمَنَعَهُ صَاحِبُ الْحَائِطِ، فَكَلَّمَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ ابْنَ عَوْفٍ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ فِي ذَلِكَ، فَقَضَى لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بِتَحْوِيلِهِ.

الشرح: قوله: «كان في حائط جده ربيع لعبد الرحمن بن عوف» قال يحيى: الربيع الساقية الظاهرة، وأراد عبد الرحمن أن يحوله عن مكانه، من الحائط إلى مكان هو أقرب إلى حائطه ليقرب تناوله، وتقل مسافته لما يحتاج من إصلاحه، فقضى عمر بذلك لعبد الرحمن لما منعه صاحب الحائط.

وقد روى ابن القاسم عن مالك: ليس له ذلك، ولم يأخذ مالك بما روى في ذلك عن عمر.

---

١٤١٥ - أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار ١/٢٢٦٥، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٣١.

وروى عيسى في المدونة عن مالك: أنه لا يرى له تحويله، وإن لم يكن على صاحب الحائط في ذلك ضرر، إلا أن يرضى به، وبه قال أبو حنيفة. وروى زياد بن عبد الرحمن عن مالك: إن لم يضر ذلك به، فليقض عليه بذلك. قال ابن نافع: وهذا فيما يرد تحويله. وقال عيسى بن دينار: يقضى عليه بذلك، ورواه يحيى عن ابن نافع. ووجه القولين على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وقد يريد صاحب الحائط تحويل ساقيته أو طريق لغيره في أرضه إلى موضع هو أرفق به. وروى عن مالك في أرضين لرجل بينهما طريق، فأردت دفع الطريق إلى أرضي؛ إذ هو أرفق بي، وبأهل الطريق، فقال: ليس ذلك إلا أن يكون الشيء القريب كقدر عظم الذراع، ولا مضرة في ذلك.

وقال ابن حبيب: قال ابن القاسم: ليس لأحد أن يجرى طريقاً، وإن كانت أسهل من الأولى، وإن أذن بذلك من جاوره من أهل القرى؛ لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذن فيها بعضهم إلا أن تكون الطريق لقوم معينين، فيأذنون فيها. وقال ابن الماجشون: ينظر الإمام في ذلك، فإن رأى تحويلها منفعة للعامة في سهولتها وقربها، أو أقرب وأسهل، فله أن يأذن في ذلك، وإن رأى في ذلك ضرراً على أحد منع منه، وإن حولها بغير إذن الإمام، نظر فيه، فإن رأى ذلك صواباً، أمضاه وإلا رده.

\* \* \*

### القضاء في قسم الأموال

١٤١٦ - عَنْ مَالِكٍ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ زَيْدٍ الدَّيْلِيِّ أَنَّهُ قَالَ: بَلَغَنِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ قُسِمَتْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَأَيُّمَا دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَذْرَكَهَا الْإِسْلَامُ، وَلَمْ تُقَسَمْ، فَهِيَ عَلَى قَسْمِ الْإِسْلَامِ».

الشرح: قوله: «أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية» يحتمل أن يريد به نفذت

١٤١٦ - أخرجه البيهقي بالكبرى ١٢٢/٩، عن ثور بن زيد الديلي عن ابن عباس بلفظه. قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٣٥/٨: هكذا هذا الحديث في الموطأ لم يتجاوز به ثور بن زيد أنه بلغه عند جماعة رواة الموطأ والله أعلم. ورواه إبراهيم بن طهمان، عن مالك، عن ابن ثور بن زيد، عن عكرمة، عن ابن عباس تفرد به، عن مالك بهذا الإسناد، وهو ثقة. وقد روى هذا الحديث مسنداً من حديث ابن عباس، عن النبي ﷺ رواه محمد بن مسلم الطائفي، عن عمرو بن دينار، عن أبي الشعثاء، عن ابن عباس. ورواه ابن عيينة، عن عمرو، عن النبي ﷺ مراسلاً.

٤١٨ ..... كتاب الأقضية

قسمتها في الجاهلية، وهو التأويل الظاهر من تأويل ابن نافع وغيره من أصحابنا، ويحتمل أن يريد بها استحققت سهامها في الجاهلية بأن مات ميت، فورثه ورثته قبل أن يسلموا، فصار استحقاقهم لسهامهم على أحكام الجاهلية بمنزلة القسمة بها، يريد ﷺ ترك الرد لما سلف من عقودهم في جاهليتهم، وإمضائها على ما وقعت عليه، ولذلك لا يرد شيء من بيوعهم ولا أنكحتهم، وإن كانت فاسدة بل يصحح الإسلام الملك الواقع بها.

فصل: وقوله: «وأما دار أو أرض أدركها الإسلام، ولم تقسم، فهي على قسم الإسلام» يحتمل من التأويل الوجهين المتقدمين، والظاهر منه، والله أعلم، أن ما كان من مال أهل الجاهلية مشتركاً، فدخل عليهم الإسلام، ولم تقسم، فهي على حكم الإسلام، دون ما كانوا يعتقرونه، ويقتسمون عليه في جاهليتهم مثل أن يرثوا داراً في الجاهلية، فلا يقتسمونها حتى يدخل على جميعهم الإسلام، فإنهم يقتسمونها على موارث الإسلام.

وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك: أن ذلك في المجوس والفرس والفرازية وكل من ليس له كتاب. فأما اليهود والنصارى، فإن أسلموا بعد أن ورثوا داراً، فإنهم يقتسمونها على مقتضى شرعهم يوم ورثوها.

وروى مطرف وابن الماجشون وأشهب وابن نافع عن مالك: أن ذلك في الكفار كلهم، أهل كتاب كانوا أو غير أهل كتاب، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وجه الرواية الأولى أن أهل الكتاب قد كانت شريعتهم أحكامها ثابتة مشروعة، وإن كنا لا ندرى ما غيروا منها وقد طرأ عليها النسخ، ولذلك كانت أحكام نسائهم في جواز نكاح المسلمين لهم غير أحكام نساء من ليس من أهل الكتاب، ولذلك جاز لنا أكل ذبائحهم دون ذبائح غيرهم، والموارث إنما يراعى استحقاقها يوم التوارث لا يوم القسمة، ألا ترى أن النصراني إذا أسلم ثم مات لم يرثه أحد من ورثته، وإن أسلموا بعد ذلك؛ لأنهم غير ورثته يوم وفاته، وهو يوم انتقال المال.

ونتأول الحديث على أن لفظه عام، وقد خص بما ذكرناه، وأنه أريد به من ليس من أهل الكتاب، ولذلك ذكر الجاهلية، وإنما ينطلق ظاهرها على مشركي قريش، ونحمله أيضاً على ما قدمناه من أنه أدرك الإسلام قسمتها بالاستحقاق دون ضرب الحدود، وتمييز مواضع الحقوق.



ووجه الراوية الثانية التعلق بعموم الخبر، ولم يخص أهل كتاب من غيرهم.  
فرع: وهذا إذا أسلم جميعهم، فإن أسلم بعضهم، فقد اتفق مالك وجميع أصحابه على أنه إن أسلم جميعهم إلا واحد منهم، فإن القسمة تكون على أصل حظوظهم، ورواه ابن مزين عن ابن نافع.

وقال بعض شيوخنا: إن حكم الإسلام يغلب على حكم الكفر إلا في هذه المسألة، وفي هذا القول نظر لأنهما يوم القسمة كانا كافرين، ولولا أن الفقهاء اتفقوا على حمل الحديث على هذا الوجه لساغ أن يقول قائل: إنه لا يقسم إلا على مقتضى شرعهم، وإن أسلم جميعهم، ويحمل الحديث على أن معنى قوله: «على قسم الإسلام» على صفته من الصحة وسلامته مما يفسد البيوع عند من جعلها بيعاً وسلامته مما يفسد القسمة عند من جعلها تمييز حق، وأن تكون مقادير سهامهم واستحقاقهم لها على ما أوجبه شرعهم يوم التوارث، وإنما عدلنا عن هذا الوجه مع احتمال اللفظ له، بل مع كونه الأظهر من اللفظ لاتفاق علماء العصر على ما تقدم، والله أعلم وأحكم.

فصل: واختلف العلماء في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق، ولأصحابنا مسائل تقتضى كلا القولين، ونحن ننبه عليها عند ذكرها إن شاء الله تعالى. وقد قال مالك في المدونة: إن القسمة بيع من البيوع.

ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار إليه؛ لأنه ملك حصّة صاحبه من الجزء الذي صار إليه بحصته من الجزء الذي أخذه صاحبه، وهذه معاوضة ومبايعة محضة.

ووجه قولنا إنها تمييز حق، أنه غير موقوف على اختيار المتقاسمين، بل قد يجوز فيه المخاطرة بالقرعة، وذلك ينافي البيع، فثبت أنها تمييز حق.

وقد روى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة: في ثلاثة إخوة ورثوا ثلاثة أعبد، فاقتسموهم، فأخذ كل واحد عبداً، فمات عبد أحدهم، واعترف عبد الآخر، فمن مات بيده العبد لا يرجع بشيء، ولا يرجع عليه بشيء، ويرجع الذي استحق في يده العبد على أخيه الذي بقي عنده العبد، فيكون له ثلثه، وللذي هو بيده ثلثاه.

قال أشهب في المجموعة: فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من يستحق من يديه العبد على أخيه الذي مات عنده العبد بثلث قيمته، ولكن ليس كالبيع، فقد قال سحنون: القسم ليس كالبيع.

٤٢٠ ..... كتاب الأقضية

مسألة: إذا ثبت ذلك، فقد قال القاضي أبو محمد: إن القسمة في الأصل على ثلاثة أوجه، قسمة مهايأة، وهي أن يتهايأ الشريكان، فيأخذ هذا داراً يسكنها، وهذا داراً يسكنها، وهذا أرضاً يزرعها، وهذا أرضاً يزرعها، فيجوز ذلك بالتراضي، وليست بواجبة يجبر عليها من أباهما، لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع، وقسمة الرقاب قسمة بيع، يأخذ أحد الشريكين داراً على أن يأخذ الآخر داراً أخرى، فهذه قسمة جائزة لأنها بيع، ومحصولها إن باع أحدهما حصته من إحدى الدارين بحصة شريكه من الدار الأخرى، وهو الوجه الثاني.

والوجه الثالث قسمة قيمة وتعديل، وذلك إذا كانت الداران مختلفتي البناء والبستان المختلف الغراس تختلف قيمة كل شيء منه من نخل وشجر، فإنها تعدل بالقيمة، ويضرب عليها بالسهم.

وهذا الذي قاله كله فيه نظر، وذلك أن الذي ذكره شيوخنا المغاربة أن القسمة على ثلاثة أضرب، قسمة قرعة بعد تعديل، وهي التي يجبر عليها من أبى القسمة فيما ينقسم، وقسمة مراضاة، ومهايأة بعد تقويم وتعديل، وقسمة مراضاة من غير تقويم ولا تعديل، ولكل واحد من هذه الأضرب أحكام يختص بها.

فرع: فأما قسمة القرعة، فإنها تصح في المتماثل أو المتجانس، وسيأتى ذكر ذلك وشرحه بعد هذا، ولا يصح أن يجمع فيها أيضاً الثمن لغير علة بل يقدر نصيب كل إنسان، قاله مالك في المدونة.

وروجه ذلك أنها على نهاية المشاحة واستقصاء الحقوق واختيار أحدهما أن يكون سهمه إلى جانب سهم آخر معين ينافى استقصاء الحقوق.

مسألة: وصفة ذلك أن يقسم العرصه، وتحقق على أقل سهام الفريضة، فما كان متساوياً قسم بالذرع، وما اختلف أجزاؤه قسم بالقيمة، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصيف، وقال: هو قول جميع أصحابنا.

قال القاضي أبو محمد: فرمما كان الحد الواحد من أحد طرفي العرصه يعدل حد شق من ناحية أخرى.

وحكى ابن عبدوس عن سحنون في الشجر: يقوم القاسم كل شجرة إن كان ممن يعرف ذلك، وإلا سأل أهل المعرفة بالقيمة، ومن يجس حمل كل شجرة، فرب شجرة لها منظر ولا فائدة لها، وأخرى يكثر حملها، ولا منظر لها، وإذا قوم ذلك كله، جمع

كتاب الأقضية ..... ٤٢١

القيمة، فقسّمها على قدر السهام، ثم يكتب أسماء الشركاء فى رقاع، ويجعل فى طين أو شمع، ثم يرمى كل بندقة فى حقة، فمن حصل اسمه فى جهة أخذ حقه متصلاً فى تلك الجهة.

وقيل تكتب الجهات، ثم يخرج أول بندقة من الأسماء، وأول بندقة من الجهات، فيعطى من خرج اسمه نصيبه فى تلك الجهة، فهذا الذى ذكره القاضى أبو محمد، وهو قريب مما يقتضيه قول مالك، والأظهر من قول مالك أن تكتب الأسماء فى رقاع، وإن اختلفت السهام مثل أن يكون أخوان وأخت.

قال ابن الماجشون: فهذه تقسم الأرض على خمسة أسهم، وتضرب بثلاثة أسهم، يريد يكتب اسم كل واحد فى رقعة، وهم ثلاثة. قال: وقيل يضرب بخمسة أسهم، يريد يكتب اسم كل واحد منهما فى رقتين، واسم البنت فى رقعة. قال: والأول أصوب. قال الشيخ أبو محمد: يريد لأن الضرب إنما يخرجك إلى ثلاثة أسهم، والضرب بها يكون ضربين لا أكثر.

قال: ويستر، ثم يتفق على أن يبدأ بالأخذ منها بأى جهة من الجهات، فإن اختلفوا أقرع على أى الجهات يبدأ بالأخذ منها، فأى جهة خرجت عمل على البداءة بها، ثم يؤخر رقعة من تلك الرقاع، فمن وجد فيها اسمه أعطى أول نصيب من تلك الجهة بقدر سهمه، فقد استوفى حقه، وإن كان أقل من حقه أضيف إليه حقه، ولا سبيل لأحد أن يأخذ شيئاً متصلاً بالسهم الأول حتى يستوفى هذا حقه لئلا تدخل عليه مضرة تفريق حصته.

فإذا استوفى حقه هذا تميز حقه، وبقي باقى الأرض بين باقى الأشرار، فيعمل لهم فى باقى الأرض مثل ذلك حتى يتميز حق كل ذى حق منهم، وهذا معنى ما فى المدونة من قول مالك، وابن القاسم.

وقال محمد بن عبدالحكم: وقد قيل إن صاحب السلس لا يكون إلا فى أحد الطرفين، والأول أحب إلى.

قال الشيخ أبو محمد: إنما هذا إذا كانت القسمة بين ابن وزوجة، وهذا الذى أنكره أبو محمد، وقد يكون مع الجماعة أيضاً إذا كانوا أهل سهم كالعصبة، فقد قال مالك فى المجموعة فى قسم الأرض بين الزوجة والعصبة: يضرب لها فى أحد الطرفين.

قال ابن القاسم: كان العصبة واحداً أو جماعة. قال ابن حبيب: لأن العصبة كأهل

٤٢٢ ..... كتاب الأقضية

سهم واحد. وقال المغيرة فى الزوجة مع العصبية: إنها تعطى حقها، حيث خرج فى طرف أو غيره.

قال ابن الماجشون: وبهذا أقول، فتبين بهذا أن الاختلاف الذى أنكره الشيخ أبو محمد هو اختلاف من قول أصحابنا، حيث يتصور الخلاف، فإن الموضع الذى فسر به لا يتصور فيه الخلاف.

وإنما ثبت الخلاف بما ذكرناه لاختلاف أصحابنا فى العصبية، هل هم أهل سهم أم ليسوا أهل سهم، وقد ذكرته فى الشفعة، فمن جعلهم أهل سهم، جمع سهامهم فى القرعة، وأفرد عنهم من ليس منهم، ومن لم يجعلهم أهل سهم لم يجعل سهامهم إلا بحسب ما تجمع القرعة أو تفرقه، والله أعلم وأحكم.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن هذه القسمة إن ثبت فيها بعد هذا غبن فى قيمة أو ذرع، كان لمن وجدت فى حصته المطالبة بها؛ لأنه دخل على قيمة مقدرة أو ذرع مقدر، فإن وجد فى ذلك نقصاً كان له الرجوع به.

فصل: وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل، فهو أن يعدل الأرض بقدر السهام على اختلافها من كان له نصف، ميز له النصف، ومن كان له ثلث، ميز له الثلث، ومن له السدس، ميز له السدس، وإن كانت الأرض متساوية فبالذرع.

وإن كانت مختلفة، فبالتقويم أو بهما، ثم يتراضون على ما خرج لكل واحد منهم، ويرون أنهم قد تساوا، وسواء كان ذلك فى جنس واحد أو أجناس مختلفة متباينة، فإن ذلك كله جائز، وهذه القسمة أيضاً متى ظهر فيها على غبن فى ذرع أو قيمة كان للمغبون المطالبة بذلك لما قدمناه.

فصل: وأما قسمة المراضاة بغير تقويم، ولا تعديل، فهو أن يتراضى الشركاء على أن يأخذ كل واحد منهم ما عين له، ويتراضوا به من غير تقويم، ولا تعديل، فهذه القسمة أيضاً تجوز فى المختلف من الأجناس، ولا قيام فيها لمغبون؛ لأنه لم يأخذ ما صار إليه على أنه على قيمة مقدرة ولا ذرع مقدر ولا على أنه مماثل لجميع ما كان له، وإنما أخذه بعينه على أن يخرج بذلك عن جميع حقه، سواء كان أقل منه أو أكثر، فالضربان الأولان من القسمة أقرب إلى تميز الحق، وهذا الضرب أقرب إلى أنه بيع من البيوع، والله أعلم وأحكم.

مسألة: أجرة القسام على عدد الرؤوس عند مالك. وقال أصبغ: على قدر الأنصباء، وبه قال الشافعى.

كتاب الأقضية ..... ٤٢٣

وجه القول الأول أن اختلاف المقادير لا يوجب زيادة في فعل القاسم، بل بما أثر قليل الأنصباء زيادة في العمل، وذلك أنه لو كان لثلاثة أشراك أرض، لأحدهم نصفها، وللآخر ثلاثة أثمانها، وللثالث ثمنها، لأثر الثمن لصغره زيادة في العمل، ولاحتجاج بسببه أن يقسم الأرض كلها أثماناً، ولو انقسمت على النصف بأن تكون لاثنتين، لكل واحد منهما نصفها، لكان العمل والقسمة فيها أقل.

فإذا كان قليل الجزء يؤثر في العمل ما لا يؤثره كبيره، بطل أن يجب على صاحب الجزء الكبير، ولم يؤثر إلا عملاً يسيراً أكثر مما يجب على صاحب الجزء اليسير، وقد أثر عملاً، فوجب إطراح ذلك والاعتبار بعدد الرءوس.

وجه القول الثاني أن العمل لصاحب الجزء الكثير أكثر لأنه يقسم أثماناً أربعة، وصاحب الثمن لا يقسم له إلا جزء واحد، وكذلك الجزء الكبير يحتاج من العمل والذرع إلى أكثر مما يحتاج إليه الجزء الصغير، وبحسب ذلك يجب أن تكون الأجرة، لأنها عوض عن العمل.

وقول أصبغ أظهر لاسيما إذا كانت القسمة بالقرعة والسهام، وأما إذا كانت قسمة مراضاة دون تقويم ولا تعديل، فالعمل متقارب، فهي إلى أن يكون إلى عدد الرءوس أقرب، والله أعلم وأحكم.

ولو طلب جميعهم القسمة إلا واحد منهم أبى ذلك، أجبر عليها، فقد قال مالك: على الآبى والطالب أجرة القسام على السواء.

مسألة: وإذا شهد القاسم في القسمة، فقد قال مالك: لا تجوز شهادة القاسم. قال ابن سحنون، عن أبيه: سواء قسم بأمر قاض أو بغير أمره؛ لأنه شهد على فعل نفسه.

وقال ابن الماجشون: إن كان القاضى أمره بالقسمة، وأنفذه فيها فشهادته وحده في ذلك جائزة، إذا ذكر القاضى اليوم أنه أمره بذلك، وكذلك العامل والمحلف وال كاتب والناظر إلى العيب، وكل ما لا يباشره القاضى. قال ابن حبيب: وإن لم يكن هذا القاضى هو أمر القاسم، وإنما أمره من قد درج من الحكام أو قوم تراضوا به في القسمة، فلا تجوز في ذلك شهادة القاسم أصلاً، ولا بد من شهادة اثنين سواه، وكذلك من تقدم ذكره.

قال ابن الماجشون: لأن فعل المأمور في ذلك كفعل الأمر مرتزقاً أو غير مرتزق. وقال ابن حبيب: هو تفسير قول مالك.

قال ابن حبيب: وليس بمعنى الشهادة، بل هو بمعنى المعونة، وهذا الذى قاله ابن حبيب فيه نظر؛ لأن القسمة تصح من غير القاضى، وإنما يستتيب القاضى فيما يختص به من الأحكام كالأعذار إلى من شهد عليه عنده ونحوه، والله أعلم وأحكم.

**فصل:** وعاد الكلام إلى ما قاله القاضى أبو محمد، فأول قوله أن أحد أنواع القسمة المهايأة، وهو أن يسكن أحد الشريكين داراً، والآخر داراً أخرى أو يزرع أحدهما أرضاً، ويزرع الآخر أرضاً أخرى، وهذا غير داخل فيما ذكرناه من قسمة الرقاب، وإنما هو من قسمة المنافع، وقد ذكر قسمة الرقاب على ثلاثة أضرب، فأما قسمة المنافع، فإنها على ضربين، أحدهما: أن يتهايا بالأزمان. والثانى: أن يتهايا بالأعيان.

فأما التهايا بالأزمان، فعلى ضربين، أحدهما: أن يقولوا يستخدم أحدهما العبد يوماً، ويستخدمه الآخر يوماً، ويزرع أحدهما الأرض عاماً، ويزرعها الآخر عاماً، والضرب الثانى أن يقول: لك غلته يوم، ولى غلته يوم آخر، فأما التهايا على أن تكون غلته يوماً لأحدهما، ويوماً لأحدهما، ويوماً للآخر، ففى كتاب محمد: لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد، وإن كان ذلك يوماً واحداً.

قال محمد: وقد سهل مالك فى اليوم الواحد، وكرهه فى أكثر منه، وأجازه فى الخدمة، فوجه المنع ما فيه من المخاطرة لجواز أن تكون غلته فى يوم أحدهما أكثر منها فى يوم الآخر، مع ما يدخل ذلك من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل.

ووجه الإباحة أن الغرر فى ذلك قليل لقصر المدة، وتقاربها، وتساوى غلتها فى ذلك فى غالب الحال، ويحتمل أن تكون رواية المنع مبنية على أن القسمة بيع ورواية الإباحة على أنها تميز حق.

**مسألة:** وأما فى الخدمة، وهو قوله: يخدمنى اليوم، ويخدمك غداً، فاتفقوا على تجويزه فى الأيام اليسيرة. فقال ابن المواز: إنما يجوز فى مثل خمسة أيام، فأقل. وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك: لا يجوز فى الشهر. قال ابن القاسم: وأكثر من الشهر قليلاً.

**فرق:** والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة لكل واحد منهما أن يستعمله فى مثل ما يستعمله فيه الآخر فى مدته، وذلك أنه أمر معلوم يمكن كل واحد منهما استيفاءه.

وأما الغلة فمجهولة، وقد يتعذر على أحدهما استيفاء مثل ما استوفاه صاحبه، فإذا طالبت المدة كثرت المخاطرة.

كتاب الأقضية ..... ٤٢٥

مسألة: وأما الدور والأرضون، فقد قال ابن القاسم فى المجموعة: إن التهائى يجوز فيها السنين المعلومة، والأجل البعيد ككرائها.

ووجه ذلك أنها مأمونة إلا أنه إن كان التهائى فى أرض المزارعة، فلا يجوز عندى إلا أن تكون مأمونة.

فصل: فأما التهائى بالأعيان، فأن يستخدم هذا عبداً، ويستخدم هذا آخر، ويزرع هذا أرضاً، ويزرع صاحبه أخرى، ففى المجموعة عن ابن القاسم: يجوز هذا فى سكنى الدور وزراعة الأرضين، ولا يجوز فى الغلة والكرء. ووجه ذلك ما قدمناه.

فصل: وقوله: «لأن قسمة المنافع ليست بقسمة بيع وقسمة الرقاب قسمة بيع» أيضاً فيه نظر؛ لأنه ليس له أن يقول ذلك بغير دليل إلا ولغيره أن يعكس عليه القضية بغير دليل، وإذ قد أخرجته قسمته إلى أن جعل قسمة المراضاة قسمة بيع، وكانت قسمة المنافع مراضاة كان يلزمه مثل ذلك فيها، والله أعلم وأحكم.

فصل: وتضمن قوله إسقاط قسمة المراضاة بالتقويم والتعديل، وإنما ذكر التقويم فى قسمة القرعة وقسمة المراضاة على التقويم والتعديل قسمة جائزة، وأكثر ما يقسم به الناس، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «ولست قسمة المهايأة فى المنافع واجبة، يجبر عليها من أباه» قول فيه نظر، فإن قسمة الرقاب بالمراضاة لا يجبر عليها أيضاً أحد، وإنما يجبر على قسمة القرعة خاصة إذا وجبت، وقد أشار مطرف وابن الماجشون فى الواضحة إلى أنها لا تثبت فى حق الصغار، فقالا: إن كانت الأرض مستوية فى كرمها أو لؤمها، قسمت بالقيمة.

وإن تراضوا، وهم أكابر على قسمتها بالتحرى والمراضاة على السواء، أو التفاضل على غير قيس ولا قيمة، فذلك جائز، قاله أصبغ، فشرطوا فى جواز هذه القسمة كون المتقاسمين أكابر.

وقد صرح بعض المتأخرين من أهل بلدنا أنه لا يجوز على الأصاغر إلا قسمة القرعة، وهو الذى يقتضيه النظر إلا أن يكون فى قسمة المراضاة، وجه بين من المصلحة للأيتام، فذلك جائز كالبيع عليهم، والله أعلم وأحكم.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ هَلَكَ وَتَرَكَ أَمْوَالًا بِالْعَالِيَةِ وَالسَّافِلَةِ: إِنَّ

الْبُعْلَ لَا يُقْسَمُ مَعَ النَّضْحِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى أَهْلُهُ بِذَلِكَ، وَإِنَّ الْبُعْلَ يُقْسَمُ مَعَ الْعَيْنِ إِذَا كَانَ يُشَبِّهُهَا، وَإِنَّ الْأَمْوَالَ إِذَا كَانَتْ بِأَرْضٍ وَاحِدَةٍ الَّتِي بَيْنَهُمَا مُتَقَارِبٌ فَإِنَّهُ يُقَامُ كُلُّ مَالٍ مِنْهَا، ثُمَّ يُقْسَمُ بَيْنَهُمْ، وَالْمَسَاكِينُ وَالْأُورُ بِهَذِهِ الْمَنْزِلَةِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من ترك أموالاً بالعالية والسافلة، وهما جهتان بالمدينة، وأشار بالأموال إلى الأرضين، وما فيها من الشجر، وإن كان اسم المال واقعاً على كل ما يتمول من حيوان وعروض وعين وغير ذلك، إلا أن عرف أهل المدينة كان في ذلك الزمان إطلاق اسم الأموال على الأرض، وما فيها من النخيل والأعناب.

وقال: إن البعل لا يقسم من النضح، وقد تقدم ذكر البعل والنضح في كتاب الزكاة، فجعل النضح والبعل جنسين لا يجتمعان في القسمة، يريد قسمة القرعة التي تكون بالجبر، ولا خلاف في ذلك، ولذلك قال مالك: إلا أن يرضى أهله بذلك، وهذا اللفظ يحتمل وجهين، أحدهما: إلا برضا أهلها بذلك، فيقسم بينهما بالقرعة، وإنما ينفي مالك في موطنه القسمة على هذا التأويل، إذا أبى ذلك أحدهما، ويثبت الجواز إذا اتفقا على المراضاة بذلك.

وفي المجموعة عن ابن القاسم وأشهب في زيتونة ونخلة بين رجلين: لا يقتسمانها بينهما إلا أن يتراضيا، ويعتدلا في القسم، يريد بالقيمة.

قال سحنون: ترك ابن القاسم قوله، وهو لا يجمع بين صنفين مختلفين، وإن تراضيا فقولهما إلا أن يعتدلا بالقيمة، دليل على أنه أراد القسمة بالقرعة؛ لأنه لا خلاف أن لهما أن يأخذ أحدهما النخلة، والآخر الزيتونة من غير قرعة، وهذا تصريح بتجوز جمع المختلفين في قسم القرعة إذا تراضى بذلك المتقاسمان، وإنما يمنع منه إذا أباه أحدهما. وذكر سحنون عن ابن القاسم، أن قوله المعروف أنه لا يجوز ذلك، وإن تراضيا.

وقال ابن عبدوس عن أشهب: إن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين جاز،

(١) اختلف فقهاء الأمصار في قسمة الأرضين، والدور على ما أصف لك: فمذهب مالك ما ذكره ابن القاسم وغيره أنه قال: إذا كانت الدور متقاربة، والغرض فيها متقارباً قسمت قسماً واحداً، وإن اختلفت البقاع، واختلفت الأغراض قسمت كما دار على حدة، وكذلك الأرضون والقرى، وقال الشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابهما: تقسم كل دار، وكل ضيعة على حدة، ولا يقسم بعضها على بعض، وحجتهم أن كل بقعة ودار تعتبر بها على نفسها، لا تتعلق الشفعة دون غيرها. انتهى باختصار وانظر هذه المسألة في الاستذكار برقم ١٤٣٣.



وخالف فيه أصحابنا فعلى قول أشهب، ومن وافقه يكون معنى قوله إلا أن يرضى أهله بذلك، يريد أنه إن رضى أهله بذلك جازت فيه قسمة القرعة، وعلى قول ابن القاسم المشهور يكون معناه إلا أن يرضى أهله بذلك، أنه لا تجوز هذه القسمة بالقرعة إلا أن يرضى أهله بذلك، فيقتسمونه مراضاة دون قرعة.

مسألة: ومنع فى قوله أن يجمع بين البعل والنضح وجوز أن يقسم البعل مع العين، يريد ما يسقى بالعين من غير نضح، وهو السيج، لأنهما مما يزكى بالعشر والنضح مخالف لهما فى ذلك، فإنه مما يزكى بنصف العشر.

وقد روى فى المجموعة ابن وهب عن مالك نحوه، وكذلك قال: إنه يجمع فى القسم الأموال التى بأرض واحدة يريد أن تكون متقاربة الأماكن دون ما تباعد منها.

قال: «والمساكن والدور بهذه المنزلة» يريد أنه يراعى فيها تقارب الأماكن، وتفسير ذلك أن كل ما يقسم على ضربين أصل ثابت كالأرضين والدور والحمامات والأرحى والأشجار على اختلاف أنواعها، وما ليس له أصل ثابت كالحيوان والثياب والعروض على اختلاف أنواعها.

فأما الأصول الثابتة، فإذا كانت كثيرة ذات أنواع، وكان كل نوع منها يحتمل القسمة، فأراد بعض الشركاء أن يجمع له حصته من جميعها فى موضع واحد، وأراد بعضهم أن يعطى حصته من كل موضع، فإن مذهب مالك أن يجمع نصيب كل واحد من الشركاء فى موضع منها بشروط تفسيرها بعد هذا، إن شاء الله.

وقال أبو حنيفة والشافعى: يقسم لكل إنسان نصيبه من كل دار أو من كل أرض.

والدليل على ما نقوله أن القسمة على العدد مع اتفاق المنافع، والأماكن أعود بالمنفعة وأبعد من المضرة، لأنه إذا قسم كل دار، وكل أرض قلت قيمتها، وفسد كثير من منافعها، ولذلك أثبتت الشفعة فى الأملاك، وذلك مما ينمى قيمتها، ومن الأمر البين من حصلت له دار بكمالها أفضل من أن يحصل له من أربع دور من كل دار ربعها، فكان ما قلناه أولى.

فصل: وهذا الذى ذكره القاضى أبو محمد وأكثر أصحابنا على الإطلاق. وقال ابن عبدوس، عن أشهب فى أمرجة بين قوم أراد بعضهم أن يعطى حقه من كل أرض، وقال بعضهم: يجمع لى نصيبى: إن كانت فى غط واحد، وبعضها أكرم من بعض جمع لمن طلب الجمع حصته فى مكان، وإن زاد حظه على أرض واحدة أخذ من أخرى تمام

٤٢٨ ..... كتاب الأقضية

حقه، فإذا استوفيت أنصباء الذين أرادوا الجمع، قسم للذين أرادوا التفريق على ما تراضوا به. قال ابن عبدوس: تجعل سهام الذين يريدون التفريق بينهما واحداً، وسهام الذين يريدون الجمع بينهما ثم يقرع.

فإن خرج سهم من يريد التفرقة جمع إليه باقى حقوقهم، وصار كحق رجل واحد، وحيثما خرج منهم أحد ممن يريد الجمع أخذه، ثم يقسم الذين أرادوا التفرقة كل أرض على حدة. وقال أشهب: وإن تباعدت الأرض ليست فى غط قسم الذين أرادوا التفرقة أنصباءهم فى كل أرض، ثم يقسم الذين أرادوا الجمع على ما تراضوا عليه من الجمع. قال ابن عبدوس: يجعل سهم من أراد الجمع هاهنا بينهما شيئاً واحداً، يسهم لهم فى كل أرض ويجمع سهامهم فيها، وأعطى من أراد التفرقة نصيبه من كل أرض حيث وقع.

قال ابن عبدوس: وليس هذا أصل مالك وأصحابه لأنه لا يجمع عندهم حظ اثنين فى القسم، وهذا أيضاً على ما ذهب إليه أشهب أن الشركاء إذا رضوا بقسم الصنفين المختلفين بالقرعة جاز ذلك، وخالف فيه أصحابه.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالمرعى فيما يلزم به الجمع شرطان، أحدهما: تقارب المنافع وتجانسها. والثانى تقارب المواضع، فإن انخرم من هذين الشرطين أحدهما، لم يلزم الجمع.

وفى العتبية والمجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فى الأرضين إذا تقاربت، وبعضها بعين وبعضها بنضح، لم تجمع، وإن تباعدت، وكانت كلها تسقى بعين أو بنضح لم تجمع، وإن تقارب سقيها كلها بنضح أو بعين، جمعت. فرع: إذا ثبت مراعاة هذين الشرطين، فقد قال فى الأصل: إن البعل يقسم مع العين، وهو المشهور من المذهب.

وروى أشهب وابن وهب عن مالك فى المجموعة: لا يقسم مع السقى، وإن تقاربت الحوائط. وقال ابن حبيب: لا يضم ما يسقى بعين أو بنضح مع البعل فى القسم ولا النضح مع السقى لاختلاف المون.

مسألة: وأما الأرض الكريمة والليمة، فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة: إذا تدانت الأرض فى كرمها، واشتبهت الحوائط جمعت فى القسم إن تقاربت مواضعها. وقال ابن القاسم فى المدونة: إن اختلفت العيون فى سقيها الأرض، واختلفت الأرض فى كرمها، قسمت كل أرض مع عيونها على حدة.

قال سحنون أيضاً فى المجموعة: وأما الأرضون فى غط، فتجمع، وإن تقاربت فى الكرم. قال سحنون وابن القاسم: لا يجمعها. وقال عيسى: إن كانت الأرض الكريمة تحتل القسمة والأرض اللثيمة تحتل القسمة، قسمت الكريمة على حدة واللثيمة على حدة.

وجه رواية المنع أن اختلاف المنافع فى الجنس الواحد وتباينها، يقتضى اختلافها فى الجنس كرقيق الثياب وجليظها فى البيع إلى أجل.

وقول ابن القاسم فى الدور خلاف قوله فى الثياب، ولعله قد قال فى المسألة بقولين والله أعلم وأحكم.

وجه الجواز أن المراعى فى القسمة جنس المنافع دون تفاضلها، ولذلك تجمع ثياب الحرير وجليظها ورقيقها مع الفراء، وثياب الكتان وجليظها ورقيقها، ويشبه أن تكون رواية المنع مطردة على قول أشهب فى الثياب، ورواية الإجازة على قول ابن القاسم.

مسألة: وأما الأشجار، فقد روى أشهب عن مالك فى الحائطين المتقاربين المشتبهين فى السقى، أحدهما عجوة، والآخر صيححاني، يجمعان فى القسم، ولم يراع فيه جودة الثمر، ولا ردائه، لأنه أمر غير موجود حين القسمة، ولا ثابت، فإنما يلزمه أن يراعى جودة الشجر فى أنفسها، وسيأتى ذكره إن شاء الله تعالى.

وقد قال مالك فى النخل تختلف ألوانه فى الحائط كالبرنى والصيححاني واللون والجعرور: إنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه فى موضع من الحائط، ولا يلتفت إلى ما صار لكل واحد منهم من أنواع الثمر، وهذا فى الجنس الواحد لتقارب منافعه.

وأما الأجناس المختلفة، ففى المجموعة عن ابن القاسم فى شجر تفاح ورماني وخوخ وأترنج وغيرها من الفواكه مختلطة فى جنان واحد: يجمع ذلك كله فى القسم بالقيمة والسهم.

قال سحنون: هو استحسان الرفق باجتماع السهم، وأنا أكره أن يقسم هذا قسمة واحدة. وزاد فى المدونة بأثر هذا، قال فى الفواكه: فإن كل شئ من ذلك على حدة يحتمل قسم كل جنان على حدة قسم، فعلى هذا القول لابن القاسم، وما تقدم له قبل أن يقسم على ثلاثة أضرب، يجمع بينه فى القسمة، وإن كان كل نوع منه يحتمل القسمة بانفراده كالنخل منها البرنى والصيححاني وسائر أنواع الثمر. وضرب يجمع بينه

٤٣٠ ..... كتاب الأفضية

إذا لم يحتمل أنواعه فى القسمة، ولا يجمع بينه إذا حملته كالفواكه والجيد مع الردىء.  
وهذا القسم الأول هو الذى قال فيه سحنون لما أورده مطلقاً من هذا التقييد أنه  
استحسن، وهو مطرد على قول ابن القاسم فى جمعه غليظ الثياب ورقيقها والفراء مع  
القمص. وضرب لا يجمع بينه بوجه كالحلى مع الثياب والبعل مع النضح.

وأما تفاضل الأشجار فى أنفسها، فقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر:  
إن كان بعضها أقل من بعض والأرض بعضها أكرم من بعض، جمعت فى القسم إلا أن  
يأتى من ذلك أمر يتباين. وقال ابن حبيب مثله.

مسألة: وأما الدور، فإنما تتفاضل بالبنيان أو برغبة الناس فى المواضع والزهد فيها.  
فأما البنيان، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: إن كانت إحدى الدارين قاعة لم يجمعها  
فى القسمة.

وإن كان بناء إحدى الدارين أجد من بناء الأخرى جمع فى القسم، إذا كانت فى  
نمط واحد، وهو قول عبد الملك بن الماجشون فى المجموعة: إذا اشتبهت الدور فى  
بنائها، وتقاربت جمعن فى القسم، فيجىء من مجموع قولهما مراعاة فصلين، أحدهما  
إن كانت إحدى الدارين عارية من البنيان أو خربة فى حكم العارية لم تجمع مع المبنية.  
والفصل الثانى: أن يكون بنياتها متبايناً.

فيقتضى قول ابن الماجشون على ما عهد من مقاصده أنهما لا يجمعان، وهو عندى  
طرد قول أشهب فى أن ما كان من الثياب فى البيع جنسان مختلفان أنه لا يجمع فى  
القسم، وما كان فى البيع جنساً واحداً، فإنه يجمع فى القسم.

وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون فى الشجر والأرض: تجمع فى القسم وبعضها  
أفضل من بعض إلا أن تتباين، فيجب على قوله أن يجمع المتفاضل فى البنيان فى القسم  
إلا أن يتباين فلا يجمع، والله أعلم وأحكم.

فصل: وأما الأماكن، فقد قال أشهب فى المجموعة: إذا كانت الدار فى نمط واحد،  
جمعت فى القسم، وإن كان بعضها أعمر من بعض كالأرضين فى نمط واحد، وبعضها  
أكرم من بعض. قال سحنون: وليست الدور كالأرضين، فقد تكون الدور فى نمط  
ونفاقها مختلف، ومن دارى إلى الجامع نمط واحد، وهو متباين الاختلاف، فثبت  
الاختلاف.

كتاب الأقضية ..... ٤٣١

وذلك أن النمط يستعمل كثيراً بمعنى التقارب فى الصفة، فيقال هذه الثياب غمط واحد، وهؤلاء القوم من غمط بمعنى التقارب فى الصفات والأحوال، إلا أنه لا يصلح أن يريد أنه فى هذا الموضع للتقارب فى الصفة يمنع من ذلك سياق كلامهما، ويحتمل أن يريد بالنمط المحلة الواحدة والربض الواحد.

ويحتمل أن يريد به التقارب فى المكان، فقد جعل أشهب ذلك شرطاً فى صحة الجمع.

ومنع منه سحنون الإبان يضم إلى ذلك صفة أخرى وهى التقارب فى رغبة الناس، فقد يكون أحد طرفى المحلة أو الموضع الذى يقرب بعضه من بعض أغبط عند الناس من الآخر لقربه من سرفق من المرافق جامع أو مسجد أو سوق أو غير ذلك، غير أن أشهب جوزا الجمع بين ما تقاربت مواضعه، وإن كان بعض أماكنها أفضل من بعض كما جوز جمع الأرض المتقاربة.

وإن كان بعضها أكرم من بعض، فكان يجب على قوله فى الثياب أن يمنع من ذلك إلا فى التفاضل اليسير الذى لا يختلف فيه المنافع اختلافاً بيناً.

وقال ابن حبيب: قد تكون بعض الدور قرب السوق والمرفق أو قرب المسجد والأخرى بعيدة من ذلك، فلا يجمع بينهما إلا بتراض بغير سهم، فبين بعض الوجوه المراضاة فى تفضيل الأماكن، ولم يذكر أن ذلك فى غمط واحد، وأنماط متباعدة.

وقال ابن القاسم فى المجموعة: ما كان حول المسجد من الدور، فهو الذى تشاح الناس فيه، ويضم بعضه إلى بعض.

وفى المجموعة لابن القاسم: إذا كانت إحدى الدارين فى ناحية من المدينة، والدار الأخرى فى ناحية أخرى بعيدة من الأولى، إلا أن رغبة الناس فى الموضعين سواء، فإنهما يجمعان فى القسم؛ لأن الدارين سواء فى الموضع والنفاق، فلا يلتفت إلى افتراقهما، فذهب إلى أن المراعى فى الأماكن تساويهما فى رغبة الناس، وإن تباعدت وفرق بين الدور والأرضين أن البلد الواحد لا تختلف أغراض الناس فيه مع تساوى الموضعين فى النفاق والمرافق، وتختلف فى البلدين.

فتلخص من هذا أن أشهب يراعى فى الأماكن تقارب الدور فى النمط، ويراعى سحنون القرب والتساوى فى النفاق، ويراعى ابن القاسم التساوى فى النفاق خاصة، والله أعلم وأحكم.

٤٣٢ ..... كتاب الأفضية

فرع: فإذا قلنا بقول أشهب وسحنون في مراعاة القرب، فقد قال أشهب عن مالك في المجموعة: إذا تباعد ما بين الدارين مثل منزلى هذا، ومنزل آخر بالثنية لم يجمع فى القسم بخلاف النخيل والخوائط.

فصل: وأما البعد فى الأرضين، قال ابن القاسم: إن كانت القرى متباعدة اليوم واليومين، قسمت كل قرية مفردة، وإن تساوت رغبة الناس فيها.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وهذا كله عندى بقدر ما يرى من البعد والقرب ويؤدى إليه الاجتهاد، وإنما ذكرنا ما ذكرنا منه ليتقوى به المجتهد على ما يريده من النظر والاجتهاد. وقال ابن الماجشون فى المجموعة: ليس للقرب حد إلا بقدر ما يرى يوم يقع.

مسألة: وأما الأشجار، فإن ابن حبيب يجمع البعل كله إذا تجاوز فى الموضع كالميل والميلين. وقال فى العتبية والمجموعة عن مالك فى أملاك بين ورثة منها بوادى القرى وبخير وبالفرع: إن من كان منها بوادى القرى وبخير جمع فى القسم، ويجمع ما كان بالفرع إلى ما كان بناحيتهما. قال عنه أشهب: بخلاف الدور.

وقد قال عن مالك فى المدونة فى الخوائط المتباعدة بينها اليوم واليومان: إن كل شيء من ذلك يقدر بالقسمة قال عنه أشهب: ولا يقسم حوائط المدينة مع حوائط خبير. وقال فى كتاب الصلاة: بينهما ثمانية وأربعون ميلاً.

فصل: وأما الماجل والحمام والبيت الصغير، فقد قال مالك: لا يقسم الحمام وغيره مما فى قسمته ضرر.

قال عبد الملك فى المجموعة: لم أعلم أحداً من أصحابنا وافق مالكاً على قسمة الحمام، ولا سمعت من يستجيز ذلك.

قال ابن حبيب: وهو قول أبى حنيفة، وهو شاذ لم يقل به أحد من أصحاب مالك إلا ابن كنانة. قال ابن الماجشون وابن نافع وابن وهب: سواء ضاق القسم عن جميعهم أو عن بعضهم، وإن كان أصغرهم حظاً له انتفاع فى وجه من وجوه المنافع، وإن قل مما لا ضرر فيه، فالقسم قائم.

قال ابن حبيب: ورواه أصبغ عن ابن القاسم. قال مطرف: والذى أخذ به إن كان لبعضهم فى ذلك منفعة لسعة سهمه، وبعضهم لا ينتفع به لضيق سهمه، فيقسم بينهما

كما قال مالك، وإن كان لا ينتفع به واحد منهم فبيعه، وقسمة ثمنه أولى بالصواب.

واحتج مالك قوله بقوله تعالى: ﴿مَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾ [النساء: ٧] وقال من خالفه في ذلك من أصحابنا: معنى الآية ثبوت حقه، ثم يقسم على السنة كالعبد الواجب فيه نصيب كل وارث، ويقسم ثمنه دون عينه.

واحتج ابن القاسم بما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا أيضاً يحتاج إلى تأمل قد ذكرته في الاستيفاء.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن حبيب: لا يقسم الحمام، ولا الفرن، ولا الرحا، ولا البئر، ولا العين، ولا الساقية، ولا الدكان، ولا الجدار، ولا الطريق، ولا الشجرة وفي المجموعة: يقسم الجدار إن لم يكن فيه ضرر، وليس ذلك باختلاف، والخلاف في ذلك كله على ما تقدم.

ومعنى الضرر في ذلك على المشهور من مذهب ابن القاسم، أن لا يبقى فيه المنفعة الثابتة قبل القسمة مثل الدار التي تقسم، فيكون ما يصير لكل واحد منهم ما يسكن، وأما الحمام، فلا يتصور ذلك فيه لأنه لا يمكن أن يبقى نصيب كل واحد منهم حماماً في الأغلب، ولذلك لا يقسم عند ابن القاسم، ويراعى مع ذلك أن لا تذهب القسمة معظم منفعته، وإن بقي على حكم منفعته. وأما ما يراعيه ابن الماجشون وسائر أصحابنا فقد تقدم ذكره.

فصل: وأما ما ليس من الأصول الثابتة كالحيوان والعروض، فإن منه ما يقسم دون ضرر منه ما لا يقسم إلا بضرر. فأما ما يقسم دون ضرر فكجماعة العبيد والدواب والثياب. فأمام العبيد، فإنه يجمع في القسم ذكورهم وإناثهم، صغارهم وكبارهم، وأعجمهم وفصيحهم، وحسنهم وقبيحهم. زاد ابن القاسم: والهديم، وإن تقاربت أثمانهم إذا اعتدلت في القيمة، قاله ابن حبيب.

قال: روى ابن القاسم عن مالك في الرقيق المشترك لجماعة، فأراد بعضهم قسمه: إن استطيع أن يقسم، قسم، وإلا بيع، فإن كان من جماعة الرقيق ما لا ينقسم كالخمس بين العشرة، لم تقسم.

قال ابن حبيب: ولا يجمع في القسم الخيل مع البغال ولا البغال مع الحمير، ولا الإبل مع البقر، ولا البقر مع الغنم، وإن اعتدلت الغنم، ولكن يقسم كل نوع على حدته.

٤٣٤ ..... كتاب الأفضية

قال ابن القاسم فى المدونة: والبراذين صنف على حدة، ويقسم بالتراضى. وقال يحيى ابن يحيى فى العتبية: بلغنى عن ابن الماجشون أنه لا يقسم شىء من الحيوان والعروض بالقيمة، ولكن يباع ذلك، ويقسم ثمنه. قال الشيخ أبو محمد: والذى روى عنه ابن حبيب خلاف هذا.

وجه القول الأول أنه مما تصح فيه القسمة والمساواة بالقسمة كالأرضين.

ووجه القول الثانى أن ما لا تنقسم آحاده، فلا تنقسم جماعته، والأول أظهر فى المذهب.

مسألة: وأما الثياب، فقد قال ابن حبيب: ذهب ابن القاسم إلى أن البز كله من الخز والحرير. قال فى المدونة: والديباج. قال ابن حبيب عنه، فى القطن والصوف والكتان والمرعز والفراء: كلها جنس واحد فى القسمة. قال فى المدونة: إذا كان كل صنف لا يتحمل أن يفرد بالقسمة.

وأما البسط والوسائد، فلا تجتمع مع البز والثياب، وعندى أن ظاهر هذا أن الفراء من جملة البز، وأن هذا الاسم يقع على كل ما يلبس من مخيط أو غيره اللباس المرئى بمعنى التجمل على الجسد، وعلى هذا يجب أن يدخل فى البز الأكسية والملاحف؛ لأنها تلبس على هذا الوجه، وبذلك يتميز البز من غيره من الأجناس، وهى عنده علة الجمع فى القسم.

قال ابن حبيب: وخالفه مطرف وابن الماجشون: لا يقسم ثياب الخز والحرير مع ثياب القطن والكتان، ولا مع الفراء، ولا يقسم الصوف والمرعزى مع ما ذكرناه.

قال ابن حبيب: وثياب القطن والكتان صنف واحد فى القسمة، وإن كان فيهما قمص وأردية وعمائم. زاد ابن القاسم فى المدونة: وسراويلات وثياب الخز، والحرير من الوشى وغيره، صنف واحد، إلا ما كان من وشى، يريد فى المدونة، والله أعلم، وشى القطن والكتان، فلا يقسم مع وشى الخز والحرير وليقسم وحده.

قال: وثياب الديباج صنف لا تقسم مع ثياب الخز والحرير وثياب الصوف والمرعزى صنف، وإن كان منها جيب وتيجان وفراء الخز، فإنه صنف لا يضم إلى فراء الفنليات.

وقال أشهب فى المجموعة: كل ما يجوز من هذا أن يباع واحد باثنين إلى أجل، فلا يضم له فى القسم؛ لأنهما صنفان، وكل ما لا يجوز ذلك فيه، فهو صنف واحد يجمع فى القسم.



كتاب الأقضية ..... ٤٣٥

قال أشهب: ولو جمع ما يقع عليه اسم بز، لوجب أن يجمع ما يقع عليه اسم دابة، فيقسم الرقيق مع الدواب والخيل مع الحمير والإبل.

قال ابن عبدوس: ومذهب أشهب في هذا أصح عند سحنون، وعندى أنه لا يلزمه على هذا قسمة الزيتون والنخلة؛ لأنه لا يسلم في شيء من ذلك رأساً، والله أعلم وأحكم. وقال أشهب في المجموعة: لا يجمع في القسم اللؤلؤ مع الياقوت ولا الزبرجد مع الياقوت.

مسألة: وأما ما كان من الطعام، فلا يخلو أن يكون مما يجري فيه الربا أو مما لا يجري فيه الربا، فإن كان مما لا يجري فيه الربا، فلا يخلو أن يكون جزأاً أو مكياً أو موزوناً.

فإن كان جزأاً، وكان مما تدعو إلى قسمته في رءوس شجره حاجة، فقد روى ابن القاسم عن مالك في المدونة وأشهب في المجموعة والعنينة عن مالك إجازة ذلك بشروط، اتفق على بعضها فمما اتفقا أن تختلف حاجتهم إلى ذلك بأن يريد بعضهم بيعاً، وبعضهم أن يأكل رطباً وبعضهم أن يبيع.

وأما إن أراد أحدهما بيعه، والآخر أكله، فقد جوز ذلك ابن القاسم في البلح الكبير، وأنكره سحنون، ولم يره اختلاف حاجة؛ لأن الذي يبيع يجد، وقد اجتمعا على الجداد؛ لأن تركه يبطل القسم.

وهذا الذي قاله سحنون فيه نظر؛ لأن مالكا جوز قسمته من غير جد، فمن أراد يعجل الجد، عجل، ومن أراد أن يؤخره، أخر، ولو كان على الجد لما قسم إلا بالكيل، ولذلك قال ابن عبدوس: لا تجوز قسمته إذا أثمر.

وقال في المدونة: ولو اقتسماه بعدما أزهى حين اختلفت حاجتهما، فتركاه حتى أثمر لم تنتقض القسمة. وقال في موضع آخر منها: لأن قسمة ذلك بالخرص عند اختلاف الحاجة قبض، والخرص هو الكيل، وليس كل من أراد أن يبيع يجد، ويأثر بيعه بل يبيع حصته من حائطه أو جميعه ممن يباشر ذلك ويحاوله، وكذلك من أراد أن يأكل لا يمكنه جده، إلا حسب حاجته إلى أكله، وذلك لا يتقدر إلا بحسب ما يبدو إليه عند الحاجة.

فرع: وروى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة: إن ذلك إنما يكون إذا طاب وحل بيعه.

٤٣٦ ..... كتاب الأقضية

قال ابن القاسم فى المدونة: فإن لم يطب النخل والعنب لم يقسم بينهم بالخرص.  
قال: ولا يقسم النخل على حال إلا أن يجده أو يترك حتى يطيب فيقتسمانه.

وقال ابن القاسم فى المدونة: قاله هو وأشهب فى المجموعة، ولهم قسم البلح الأرض الكبير على الخرص، وإن لم يجد أحدهما إلا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة أو أكثر ما لم يترك البلح حتى يزهى فتنتقض القسمة؛ لأنه من بيع الثمر قبل بدو صلاحه، فتبين بهذا أن منعه قسمة البلح ليس على الإطلاق، وإنما هو لمن أراد أن يبقيه حتى يزهى.

فرع: والشرط الثالث أن يكون مما يخرص وهو النخل والعنب، فلم يجوز ابن القاسم ذلك فى غيرهما. وقال: لا تقسم الفاكهة بالخرص، وإن احتاج إليها أهلها، وإنما ذلك فى النخل والعنب.

وقد ذكر لى بعض أصحابنا أن مالكاً رخص فيه فسأله عنه، فقال: لا أرى ذلك. وروى أشهب عن مالك فى المجموعة: لا بأس به فى النخل والعنب والتين وغير ذلك. وجه القول الأول أنه معنى شرع فيه الخرص، فوجب أن يختص بالنخل والعنب كالزكاة.

وجه القول الثانى أن الحاجة فى الزكاة إلى الخرص إنما هى؛ لأنها مما جرت العادة بأكله رطباً، فحرص عليهم ليتقرر مقدار الزكاة فى الثمرة، وتطلق أيديهم عليها، وهذا معنى يختص بالنخل والعنب مما فيه الزكاة عند ابن القاسم، والمشهور من قول مالك.

وأما القسمة، فالحاجة إليها فى سائر الثمار كالحاجة إليها فى النخل والعنب، فأباحة الخرص للقسمة فى جميعها إذ لا سبيل إليها بغيره.

فرع: والشرط الرابع، أن يكون ذلك فى الشيء اليسير، وقد كره مالك ذلك فى الثمار الكثيرة جداً؛ لأنه مما ينال بعجلة، ولا يختلف عند الحاجة إلا فى الشيء اليسير.

فرع: والشرط الخامس، أن لا يختلف فيأخذ أحدهما بسرّاً، والآخر رطباً، وإن كان بالخرص، ولكن لا يقتسمان الرطب، ويقتسمان البسر، قاله أشهب فى المجموعة.

وجه المنع من بيع الرطب بالتمر، والبسر بالرطب؛ لاختلاف صفتيهما وتعذر معرفة تساويهما حال الادخار، وذلك شرط فى صحة بيع بعضه ببعض.

فرع: والشرط السادس، أن يتحرى تساوى الكيل فى المكيل، وإن كان بعض الكيل أفضل من بعض كالبرنى والصيحانى والعجوة والعنب الأحمر والأسود، فإنه يجمع فى

كتاب الأقضية ..... ٤٣٧

القسم على تساوى الكيل، فإن أبى ذلك أحدهم قسم كل نوع مفردًا، قاله مالك، قال: وإن أحبا المقاومة، جاز ذلك، ومن طلب منهما القسمة، فذلك له.

قال القاضى أبو الوليد، رحمه الله: وعندى أن هذه القسمة لا تجوز إلا بالقرعة، وهو ظاهر قول أصحابنا لأنها تميز للحق. وأما للمراضاة، فإنه بيع محض، ولا يجوز أن ينعقد فى المطعوم إلا بقبض ناجز.

مسألة: فإن اقتسمت الأصول، وفيها ثمر، فلا يخلو أن يكون مزهياً أو غير مزه، فإن كانت الثمرة بلحاً أو طلعاً، فقد قال أشهب: إنه يجوز أن يقسم ذلك مع النخل ما لم يبلغ أن يكون طلعاً أو يكون بلحاً حلواً، فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أن منعه قسمتها مع الطلع؛ لأنه لا يجوز قسمتها دون الطلع؛ لأنها ثمرة لم تؤبر، ولا يجوز قسمتها من الطلع؛ لأنه مأكول مما يجرى فيه الربا. وقال ابن القاسم: تقسم الرقاب، ويترك البلح والطلع. وأنكر سحنون ذكره للطلع وقال: إذا لم يؤبر، لم تجز قسمته.

مسألة: وأما ما ليس له أصل ثابت كالزراع والبقول، فإنه لا يقسم شئ من ذلك بالخرص حتى يجذ. قال ابن حبيب: كل ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام، فلا يقسم بالتحري لا زرعاً ولا حصيداً ولا مدروساً ولا مصبراً إلا كيلاً فيما يكال، أو وزناً فيما يوزن، أو عددًا فيما يعد، ما خلا الثمار إذا بدا صلاحها. وقاله مالك، ومن أصحابه مطرف وابن الماجشون.

وذلك يحتمل أن يعلل بعلتين على أصل ابن القاسم؛ لأنه لا يجرى فيه الخرص، فلا يصح التساوى فيه. والثانى: أنه لا يقبض فى الوقت، وعدم التقابض فيه يفسد قسمته.

وحكى ابن عبدوس عن ابن القاسم أنه كره قسمة البقول بالخرص. قال ابن عبدوس: لأنه لا يقبض كل واحد منهما ما صار إليه، وقد أخطأ من قال عنه: إنه لا يميز قسمته بالتحري بعد الجذ، وهو يميز التحري فى الخبز واللحم، فكيف بما يجوز فيه التفاضل.

مسألة: وإن كانت الثمرة قد أزهرت أفردت الرقاب بالقسمة، ثم إن قسمت الثمرة بعد ذلك لاختلاف الحاجة، فيسقى كل واحد نخله، وإن كانت ثمرتها لغيره كبائع ثمرة نخله، وأنكر ذلك سحنون، وقال: القسم تمييز حق والسقى على من له الثمرة بخلاف البيع، ولو كان كالبيع لم يكن على صاحب الأصل، إلا أن يسقى نصف ما له

٤٣٨ ..... كتاب الأفضية

فى أصله، ونصف ما فى نخل صاحبه؛ لأن الثمرة قد تختلف فى الخرص، فتعدل ثمرة نخلة ثمرة نخلات فيختلف السقى والخرص سواء، وفرق آخر أن الجائحة فى البيع دون القسمة.

مسألة: فإن قسمه صبراً، فلا يخلو أن يقسم بمقاديره أو يقسم بالتحرى، فإن قسم بمقاديره، فقد قال ابن الماجشون فى المجموعة فى قسم الرطب والتمر والعنب: إنه يقسم على الأكثر من شأنه فى البلد من الوزن أو الكيل، قال محمد بن عبدالحكم: لا بأس أن يقسم القاضى الزيت، كيلاً أو وزناً، أى ذلك شاء فعل.

وقد قال أشهب فى المدونة: بيع الزيت بالكيل، فأما بالوزن، فأى عرف ما فى ذلك من الكيل، فلا بأس به، وإن كان ذلك يختلف، فلا خير فيه فجعل الأصل فيه الكيل، وإن قسم على التحرى، فلا يخلو أن يكون مما لا يجوز فيه التفاضل، أو مما يجوز فيه التفاضل.

فإن كان مما يجرى فيه الربا، فقد حكى ابن حبيب فى واضحته عن مالك وأصحابه: أن ما لا يجوز فيه التفاضل، لا تجوز قسمته مصبراً بالتحرى، إلا كيلاً فى المكيل، أو وزناً فى الموزون، أو عددًا فى المعدود.

وحكى ابن القاسم عن مالك أنه يجوز قسمة الخبز واللحم والحيتان بالتحرى.

وجه القول الأول أنه مما يجرى فيه الربا، ويلزم فيه التساوى، ولا يوصل إلى حقيقة ذلك بالتحرى؛ لأن التحرى ليس بمقدر فى نفسه، فيعرف به التساوى، وإنما يتحرى به الموزون أو المكيل، ولا يدرك حقيقة ذلك بالتحرى.

وجه القول الثانى أن التحرى طريق إلى معرفة التساوى والتفاضل كالوزن والكيل، ولا شك أن التساوى فى أحد المقدارين لا يمنع التفاضل بالمقدار الثانى.

فرع: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز بشرطين، أحدهما: ما ذكره فى كتاب ابن المواز أنه لا يجوز ذلك فى المكيل، وإنما يجوز فى الموزون كاللحم والخبز والحيتان. واحتج لذلك ابن حبيب بأن التحرى إنما يجوز عند عدم ما يقدر به، والكيل لا يعدم، ولو بالحفنة، وإنما يعدم الموازين.

وظاهر قول مالك فى المدونة: يجوز السلم فى الخبز بالتحرى، يدل على أنه يجوز ذلك مع وجود الموازين؛ لأنه فى الغالب إنما يسلم فى أمد يمكن تحصيل الموازين فيه،

كتاب الأفضية ..... ٤٣٩

وكل موضع يكون فيه استيفاء ما يوزن غالباً يوجد فيه الموازين، فإن قال بهذا أحد من العلماء، فيجوز على قوله بالتحري.

فرع: والشرط الثانى، رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: أن ذلك فى الشئ القليل.

ووجه ذلك أن الكثير لا يتحقق فيه التساوى بالتحري، وإنما يوصل إلى ما يقرب من ذلك فى اليسير بأن كان بينهما شئ مما لا يعتبر ولا يقصد. وأما الكثير، فربما كان بينهما من التفاضل ما يمنع الإباحة وينافيهما، والله أعلم.

مسألة: وأما ما يجوز فيه التفاضل كالحناء والقطن والمسك والزعفران والحديد والرصاص، فقد روى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون: أنه يجوز اقتسامه تحرياً على التعديل والتفضيل، ولا يجوز على الشك فى التعديل كالتبادل فيه.

قال محمد بن عبدالحكم: لا بأس أن يقسم الحناء والكتان والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل بالتحري. وقد قيل لا يجوز، وإجازته أحب إلينا.

وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن القاسم: أنه لا يجوز قسم الحناء والتين والنوى والكتان والمسك إلا كيلاً فى المكيال، أو وزناً فى الموزون، إلا أن يتبين التفاضل البين.

قال ابن عبدوس: وقول ابن القاسم أبعد فى الأصل وأحب إلى. وقال ابن عبدوس: وقول ابن القاسم أبعد فى الأصل وأحب إلى. وقال ابن عبدوس فى القول: قد أخطأ من قال فى القول عن ابن القاسم أنه لا يجوز قسمتها بعد الجلد على التحري، وهو غير التحري فى الخبز واللحم، فكيف بما يجوز فيه التفاضل، وهذا خلاف ما اختاره فى قسمة الحناء والكتان والمسك، والخلاف فى هذه المسألة ظاهر فى المذهب.

وجه رواية الجواز أنه يجوز فيه التفاضل، فإذا تحرى المساواة؛ فهو أجوز؛ لأن كل ما يجوز فيه التفاضل، يجوز فيه التساوى، وقد يجوز التساوى فيما لا يجوز فيه التفاضل.

ووجه رواية المنع أن التحري مع عدم التفاضل يبين أن القصد المخاطرة والمغابنة، وذلك يمنع الجواز كما لو شك فى التساوى، والقياس عندى جواز ذلك؛ لأن قصد كل واحد منهما غير الآخر لا يمنع الجواز كما لو كانت من جنسين مختلفين، مطعوم وغير مطعوم.

مسألة: وإذا ثبت ذلك فيما يكال يوزن، فقد قال سحنون: لا يكون فيه السهم،

٤٤٠ ..... كتاب الأفضية

يريد لا يقسم بالقرعة، وكذلك عندى ما قسم بالتحرى؛ لأن التحرى بدل من الوزن، وذلك إذا تساوت السهام فى الجودة والجنس والقدر، لم يحتج فى ذلك إلى سهام كالدنانير والدرهم، بخلاف ما يحتاج إلى النقود، فإنه لا يبلغ حقيقة التماثل فيه.

فصل: وأما ما لا ينقسم إلا بضرر، فمنه ما لا يصح ذلك فيه كالعبد والدابة، ومنه ما يمكن ذلك فيه، ولكن يدخل فيه الضرر كالشقة من القطن أو الكتان أو الصوف أو الحرير أو الخز أو الجمل أو الجذع من الخشب.

وقد قال أشهب فى المجموعة: لا تقسم الخشبة، فإن قيل من الخشب ما يصلح بالقطع، وكذلك من الثياب ما يكون قطعه صلاحاً، ولا يكلف ذلك من أباه، وإنما القسمة فى غير الرباع من الأرضين فيما لا يحال عن حال، ولا يحدث بالقسمة فيه ما لم يكن فيه من قطع، ولا زيادة دراهم. وقال ابن حبيب أيضاً: لا تقسم الخشبة ولا الثوب الواحد.

مسألة: وما كان فى حكم العين الواحد كاللباس والخفين والجوربين وحكمه فى منع القسمة إذا أبى ذلك أحدهما حكم العين الواحدة، قاله ابن القاسم وغيره من أصحابنا. واختلفوا فى الغرارتين، فقال ابن القاسم فى المدونة: إن لم يكن فى ذلك فساد قسمتهما بين الشريكين، وإن كان فيهما فساد لم أقسمهما، وبالله التوفيق.

وقال ابن حبيب: لا تقسم وجعلهما كالخرج، وجوز أشهب قسمتهما فى المجموعة.

وجه القول الأول أن الغالب من حالهما استعمالهما جميعاً فى الحمل على الدابة، فلا يقسمان كالخرج.

وجه القول الثانى أنه قد تستعمل الواحدة منهما غالباً على الدواب، وعلى ظهور الرجال، فثبت لهما حكم القسمة.

فرع: إذا ثبت أن ذلك لا يقسم، فإن اتفقوا على بقاء ذلك على حكم الشراكة، جاز ذلك، وإن أرادوا أن يتهاونا فى ذلك، جاز، ولا يجبر أحد على ذلك، ومن دعا إلى البيع أجبر أشراكه على التسويق معه، فإن أراد البيع من دعا إليه، قيل لمن أباه من أشراكه إما أن تأخذ حصته بما أعطى فيها، وإما أن تباع معه.

\* \* \*

### القضاء فى الضوارى والحريسة

قوله: «الضوارى» يريد ما ضربت، أكل زروع الناس من البهائم، والحريسة الماشية المحروسة، والضوارى هى التى تسمى العوادي، وقد قال مالك فى المدونة فى الإبل والبقر والرمك التى تعدو فى زرع الناس، قد ضربت: ذلك أرى أن تغرب، وتباع فى بلاد لا زرع فيها.

قال ابن القاسم: وأرى الغنم والدواب بحسبها تباع، إلا إن يحبسها أهلها عن الناس، يريد إن استطاع أهلها أن يحبسوها لكون الدواب مستخدمة غير مهمة والغنم يجب حفظ رعيها، فذلك لهم، وإن لم يستطيعوا ذلك، ووصل ضررها إلى الزرع، بيعت على الوجه المذكور. وقال ابن حبيب: قال مالك: يأمر الإمام ببيعها، وإن أكره ربيها.

وجه ذلك أنه ليس له الإضرار بجيرانه برعى زروعهم، وإفساد حوائطهم، وإذا لم يستطع حفظ ماشيته لما عهد من عدوانها على الزرع،، وتعذرت القدرة على حفظها لم يمكن إزالة ضررها، إلا ببيعها ممن يكف أذاها بذبح أو تغريب إلى بلد لا زرع فيه، إلا أن يشاء صاحبها أن يفعل ذلك بها، فله ذلك.

مسألة: وأما ما كان من الحيوان مما لا يستطيع حراسته، ومنعه من الأذى، كالنحل يتخذها الرجل فى القرية يضر بشجر القوم أو يتخذ فيها برجا يأوى إليه العصافير والحمام، فيصيب من فرخها، فتضر بالزرع، قال مطرف: أرى أن يمنع من اتخاذها ما يضر بالناس فى زروعهم وشجرهم؛ لأن هذا طائر، ولا يمكن الاحتراس منه كما يستطيع ذلك فى الماشية.

وقد قال مالك فى الدابة التى ضربت بإفساد الزرع، ولا يحرس منها: تباع وتغرب، فالنحل والحمام أشد، وكذلك الدجاج الطائرة والأوز وشبهها مما لا يستطيع الاحتراس منه. وأما ما يستطيع الاحتراس منه، فلا يؤمر صاحبه بإخراجه، واختاره ابن حبيب.

ومعنى ذلك أن الماشية، وما يمكن الاحتراس منه بالحفظ المعهود، لا يؤمر أهله ببيعها، وإنما يؤمر بذلك فيما تعذر، ولا يمنع بالحفظ المعتاد لمثابته على ذلك، وهو بمنزلة النحل والطير الذى لا يمكن التحرز منه، فإنه يؤمر بإزالته ابتداء، وإن لم يخرج على عادة جنسه.

وجه ذلك أنه لا يمكن التحفظ منها، ولا دفع أذاها. وقال أصبغ: النحل والحمام والدجاج والأوز كالماشية، لا يمنع صاحبها من اتخاذها، وإن ضربت، وعلى أهل القرية

٤٤٢ ..... كتاب الأفضية

حفظ زروعهم وشجرهم، وكذلك قاله ابن القاسم. وقال ابن كنانة في المجموعة وزاد: وما أحب أن يؤذى أحد.

وجه هذا أن هذه معان لا تضرى إلا بالنهار، ولا يجد الناس بداً من اتخاذها؛ لأنها من منافعهم ومعظم فوائدهم، فلا يمنع من اتخاذها.

مسألة: وما أصابت الماشية التي ضريت بإفساد الزروع والحوائط، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: ما أصابته قبل التقدم إلى أربابها، فلا ضمان عليهم فيه، وما أصابته بعد ذلك، ضمنوه، لئلا أصابته أو نهاراً، كالكلب العقور.

قال: وإذا أخذ الكلب العقور حيث لا يجوز اتخاذه، فهو ضامن، تقدم إليه أو لم يتقدم، وذلك يقتضى أن ما أفسدته المواشى حيث لا يجوز اتخاذها؛ لأنه ليس بموضع مسرح، ولا جرت العادة بإرسال المواشى فيه، فإن على أهلها ضمان ما أفسدته لئلا أو نهاراً، قبل التقدم وبعده، والله أعلم وأحكم.

١٤١٧ - مَالِك، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حَرَامِ بْنِ سَعْدٍ بْنِ مُحَيْصَةَ أَنَّ نَاقَةَ لِلْبَرَاءِ ابْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ، فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَوَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ ضَامِنٌ عَلَى أَهْلِهَا<sup>(١)</sup>.

١٤١٧ - أخرجه أبو داود في البيوع ٣٥٦٩، ٣٥٧٠. أحمد في باقي مسند الأنصار ٢٣١٧٩.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٤٣/٨: هكذا رواه جميع رواة الموطأ فيما علمت مراسلاً. وكذلك رواه أصحاب ابن شهاب، عن ابن شهاب أيضاً، هكذا مراسلاً. إلا أن ابن عيينة رواه عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، وحرام بن سعد بن محيصة، أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فذكر مثله بمعناه، وجعل مع حرام بن سعد، سعيد بن المسيب، ورواه ابن أبي ذئب، عن ابن شهاب، أنه بلغه أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم مثل حديث مالك سواء. ولم يصنع ابن أبي ذئب شيئاً؛ لأنه أفسد إسناده.

ورواه عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن حرام بن محيصة، عن أبيه، عن النبي ﷺ ولم يتابع عبد الرزاق على ذلك، وأنكروا عليه قوله فيه، عن أبيه.

حدثنا عبد الله بن محمد بن عبد المؤمن، قال: حدثنا محمد بن بكر بن عبد الرزاق التمار، قال: سمعت أبا داود يقول: لم يتابع أحد عبد الرزاق على قوله في هذا الحديث، عن أبيه.

هكذا قال أبو داود لم يتابع عبد الرزاق، قال محمد بن يحيى الذهلي لم يتابع معمر على ذلك، فجعل محمد بن يحيى الخطأ فيه من معمر، وجعله أبو داود من عبد الرزاق، على أن محمد بن يحيى لم يرو حديث معمر هذا. ولا ذكره في كتابه في علل حديث الزهري إلا عن عبد الرزاق لا غير. -



الشرح: ما قضى به رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، يريد والله أعلم، أحد معنيين، إما أن ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهى عنه من إفساد الأموال وتضييعها، فلما وجب لذلك حفظ الزروع التى هى معظم الأقوات، وسبب المعاش كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزروع، ولا يلزمهم ذلك بالليل؛ لأنه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم، وليس بوقت رعى للماشية فى غالب الحال.

والوجه الثانى: أن أهل الزرع إن أرادوا حفظ زروعهم، ودفع الضرر عنها، فإن عليهم ذلك بالنهار لما جرت العادة به من رعى المواشى بالنهار، ولا بد مع ذلك من الأعمال، وليس كل أحد له من يرعى ناقته ودابته، فإن منعها الرعى أضرب بها.

وإن أراد الحفاظ لها، لم يمكنه ذلك لعدم من يحفظ له والله أعلم، وفائدة الكلام على الوجهين أنه لا ضمان على أصحاب الماشية فيما أصابت بالنهار لما ذكرنا، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعى. وقال الليث: يضمن أرباب المواشى ما أفسدت بالليل والنهار.

والدليل عليه الحديث المتقدم والمعنى الذى ذكرناه، وقد رأيت بعض من احتج لما ذكرته بقوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لَحَكَمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ [الأنبياء: ٧٨] قالوا: والنفس لا يكون إلا بالليل، وقد ذكر مثل هذا عن شريح، وهذا ليس ببين؛ لأنه لو كان فى الآية التصريح بالحكم أنه ضمن أهل الماشية التى نفشت فيه نفى الحكم بذلك فى الراعية بالنهار إلا من جهة دليل الخطاب، وليس عندى بدليل صحيح، فكيف والآية لم تتضمن تفسير الحكم ولا بيانه، وإنما فى ذلك قول أهل التفسير ولا حجة فيه، والله أعلم وأحكم.

= ثم قال محمد بن يحيى: اجتمع مالك، والأوزاعى، ومحمد بن إسحاق، وصالح بن كيسان، وابن عينة على رواية هذا الحديث، عن الزهرى، عن حرام، لم يقولوا: عن أبيه، إلا معمرًا فإنه قال فيه، عن أبيه، فيما حدثنا عنه عبد الرزاق، إلا أن ابن عينة جمع إلى حرام سعيد بن المسيب، قال: وأما حديث كسب الحجام فمحفوظ فيه، عن أبيه، وقال فيه محمد بن إسحاق، عن أبيه، عن جده، هذا كله كلام محمد بن يحيى.

قال أبو عمر: هذا الحديث وإن كان مرسلًا فهو حديث مشهور، أرسله الأئمة، وحدث به الثقات. واستعمله فقهاء الحجاز، وتلقوه بالقبول، وجرى فى المدينة به العمل، وقد زعم الشافعى أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب، فألفاها صحاحا. وأكثر الفقهاء يحتجون بها. وحسبك باستعمال أهل المدينة، وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث.

٤٤٤ ..... كتاب الأقضية

فرع: إذا ثبت ذلك، فسواء كان محظراً أو غير محظر عليه، رواه أشهب وابن نافع في العتبية عن مالك، وزاد في المزينة عيسى عن ابن القاسم: وجميع الأشياء في ذلك سواء.

فصل: قوله: «وما أفسدت المواشى بالليل، ضامن على أهلها». بمعنى مضمون، وبهذا قال مالك والشافعي. روى ابن القاسم عن مالك: أرى أن يقضى فيما أفسدت المواشى بما جاء في الحديث والزروع مثل الحوائط فيما أفسدت البهائم بالليل والنهار. وقال أبو حنيفة: لا ضمان على أهل المواشى فيما أفسدت في ليل ولا نهار.

والدليل على ما نقوله الحديث المتقدم، وهو «ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها». ومن جهة المعنى أن إهمالها بالليل من باب التعدى؛ لأنه ليس بوقت رعى معتاد، فوجب أن يضمن ما أفسدت فيه كالقائد والسائق فيما أفسدت الدابة.

فرع: إذا ثبت أن على أهل المواشى ضمان ما أفسدته بالليل، فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك: أن عليهم قيمة ما أفسدت على الرجاء والخوف أن يتم أو لا يتم.

زاد أشهب وابن نافع عن مالك في المجموعة: وإن لم يبد صلاحه، وزاد عيسى عن ابن القاسم: قيمته لو حل بيعه.

قال في رواية مطرف: ولا يستأنى بالزرع أن ينبت أو لا ينبت كما يصنع بسن الصغير.

وجه قول مالك أن ذلك هو حقيقة ما أفسدت عليه؛ لأنه كان قائماً على أصله بين رجاء وخوف أن يعوقه عائق من كثرة ماء أو قلته، وغير ذلك، فعلى ذلك تعتبر قيمته، ولما كان قيمة هذا الزرع يعتبر فيه حاله، ولا يحكم لصغيره بحكم كبيره، لزم غرم قيمته على صفته.

ولم يعتبر بأن يخلف بعد ذلك أو لا يخلف بخلاف السن الذى إنما يراعى الجمال، والمنفعة بها، فإذا نبتت كانت الجناية عليها أخف، ولم يلزم ضمانها جملة، وإذا يئس من نباتها لزم فيها ديتها دون قيمتها، والديات مختصة بما يتلف، ولا يعود، فلذلك استؤنى ليعلم من نباتها أو عدمه ما يجب من قيمته أو ديته، والله أعلم.

فرع: إذا ثبت أن على أهل المواشى قيمة ما أفسدت، فيلزمهم ذلك، وإن كان أكثر من قيمتها، رواه ابن القاسم عن مالك. وقال الليث: إنما عليه الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت.

والدليل على ما قاله مالك ومن تابعه أن هذه الجناية ليست من المواشى، وإنما هي من أربابها، فلا يجوز لهم تسليمها بجنايتها، ولا يقصر الأرض على قيمتها كما لو أصابته مع القائد أو السائق.

فروع: ولو نبت الزرع قبل الحكم فيه بالقيمة، فلا يخلو أن يكون الزرع الذى أفسدته مما كانت فيه منفعة حين الرعى أو غيره، أو لا تكون فيه منفعة حين رعيه، فإن كانت فيه منفعة، فعليه قيمته حين الرعى، لا يراعى فيه رجاء، ولا خوف مع الأدب، وإن لم يكن فيه منفعة، فلا شئ عليه فى ماله، وعليه الأدب بقدر سفهه وإفساده، رواه ابن حبيب عن مطرف. وقال أصبغ: وإن عاد لهيئته، فإنه يقوم على الرجاء والخوف، نبت أو لم ينبت، قبل الحكم وبعده.

وجه القول الأول أن الزرع له قيمتان، إحداهما: أن يكون فى نفسه ينتفع به ويرجى تزايد منفعته. والثانى: أن لا يكون فى عينه منفعة إلا ما يرجى من انتهائه إليه، فإن كانت فيه منفعة لنفسه، لزمه، إن حكم عليه قبل نباته قيمة المنفعتين؛ لأن عليه قيمة مثل ذلك الزرع على قوة الرجاء فيه.

وإن نبت قبل الحكم عليه، وصار على ما كان عليه، فقد عاد إلى ما كان عليه، فعلم أنه لم يتلفه عليه، ولزمته قيمة البقل الذى هو من نبات أصل زرعه. وأما إن كان حين رعيه لا منفعة فيه، ثم عاد إلى ما كان عليه قبل الحكم، فلم يتلف شيئاً له فيه، فلا شئ له عليه.

وجه قول أصبغ أن ما أتلّف عليه يلزمه فيه قيمة الرجاء والخوف، وما تلف فإنما هو فائدة الأصل الذى بقى فى الأرض، فهو لا يأخذ منه قيمة الأصل، وإنما يأخذ قيمة ما أبطل من الفرع، ولأنه لو أبطلت القيمة بنباته لوجب أن لا يحكم بقيمته حتى يعلم هل يعود بالنبات، فتبطل القيمة أو لا يعود، فيثبت وجوبها كسن الصبى.

مسألة: وهذا حكم ما أفسدت من الزرع والحوائط والحرث، وأما لو خرجت ليلاً فوطئت رجلاً قائماً فقطعت رجله، فإنه هدر، قال ذلك كله عيسى عن ابن القاسم.

وجه ذلك ما روى عن النبى ﷺ أنه قال: «جرح العجماء جبار» (\*).

(\*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٠. الترمذى حديث رقم ١٣٧٧. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٢٤٩٧. أبو داود حديث رقم ٤٥٩٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٦٧٥. أحمد فى المسند حديث رقم ٢٧٦٩٠.

ومن جهة المعنى أن هذا الأمر لا يقصده المواشى غالباً، فلا تحرس منه.

**فصل:** وهذا نص ذكره أصحابنا فى هذه المسألة، وهو عندى فى الموضع الذى يكون فيه الزرع أو الحوائط مع المسارح، والمواضع عندى ثلاثة أضرب، موضع تتداخل فيه المسارح والمراعى، والثانى: أن تنفرد المراعى أو الحوائط، وليس بمكان مسرح، والثالث: أن يكون موضع مسرح، وليس بموضع زرع، فيحدث فيه إنسان زرعاً.

فإن كان موضع زرع ومسرح، فقد تقدم ذكر حكمه، وهو الذى ورد فيه الحكم عندى والألف واللام فى الحائط والمواشى المذكورين فى الحديث للعهد لاجتماع الأمرين فيه، فلو لم يكن لأهل المواشى إرسالها بالنهار فيها؛ لخرج عن أن يكون لها مسرحاً، ولو لم يرد هذا بالحديث وأريد به الشاذة من المواشى لما قضى على أهل الحوائط بحفظها بالنهار؛ لأن ما يشذ ويندر، لا يحتاج إلى الحفظ، وكان حكم ما أصابت بالنهار حكم ما أصابت بالليل.

وإن كان موضع زرع دون سرح، فهذه عندى لا يجوز إرسال المواشى فيها، وما أفسدت ليلاً أو نهاراً، فعلى أصحاب المواشى ضمانه، وقد قال أصبغ فى المدنية: ليس لأهل المواشى أن يخرجوها إلى قرى الزرع بغير ذواد، ولكن عليهم أن يذودوها عن الزرع.

فإذا بلغوا المراعى والمسارح، سرحوها هنالك، فما شذ منها إلى الزروع والجنات، فعلى أصحاب الزرع والجنات دفعها.

وأما الموضع الثالث، وهو موضع سرح جرت عادة الناس بإرسال مواشيهم فيه ليلاً ونهاراً، فأحدث رجل فيه زرعاً من غير إذن فى الإحياء، فإنه ليس على أهل المواشى الامتناع من إرعاء مواشيهم ليلاً أو نهاراً، وما أفسدته من زرعه بالليل، فلا ضمان عليهم فيه؛ لأنه جر الجناية إلى نفسه حيث زرع بموضع المسرح، وأراد منع الناس من منافعهم التى قد ثبتت لهم، والله أعلم.

**مسألة:** وإذا كانت الدواب تعبر فى الزرع فتفسده، فحفر رب الزرع حول الزرع حفيراً لمكان الدواب، فوقع بعضها فى ذلك، فمات، فروى أصبغ عن ابن القاسم: لا شئ عليه، ولو لم ينذرهم. قال أصبغ: وهو قول مالك إن شاء الله تعالى. وقد قال: فيمن يحفر للسارق زبية، فوقع فيها السارق أو غيره أنه يضمن.

١٤١٨ - مَالِك عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ يَحْيَى بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ حَاطِبٍ أَنَّ رَقِيقًا لِحَاطِبٍ سَرَقُوا نَاقَةً لِرَجُلٍ مِنْ مُزَيْنَةَ فَانْتَحَرَوْهَا، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَأَمَرَ عُمَرُ كَثِيرَ بْنَ الصَّلْتِ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ، ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: أَرَأَيْكَ تُجِيعُهُمْ؟ ثُمَّ قَالَ عُمَرُ: وَاللَّهِ لَا غَرَمَ لَكَ غُرْمًا يَشُقُّ عَلَيْكَ، ثُمَّ قَالَ لِلْمُزَنِيِّ: كَمْ تَمْنُ نَاقَتِكَ؟ فَقَالَ الْمُزَنِيُّ: قَدْ كُنْتُ وَاللَّهِ أَمْنَعُهَا مِنْ أَرْبَعِمِائَةِ دِرْهَمٍ، فَقَالَ عُمَرُ: أَعْطِهِ ثَمَانِمِائَةَ دِرْهَمٍ.

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: وَلَيْسَ عَلَى هَذَا الْعَمَلُ عِنْدَنَا فِي تَضْعِيفِ الْقِيَمَةِ، وَلَكِنْ مَضَى أَمْرُ النَّاسِ عِنْدَنَا عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْرُمُ الرَّجُلُ قِيَمَةَ الْبَعِيرِ أَوْ الدَّابَّةِ يَوْمَ يَأْخُذُهَا.

الشرح: قوله: «أن رقيقاً لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها» لا يخلو أن يكون ثبت ذلك عندهم بينة أو بإقرار العبيد مع دعوى المزدني أو بدعوى المزدني في ذلك معرفة حاطب، وطلبه يمينه على ذلك، فنكل حاطب، وحلف المزدني. فإن كان ذلك بينة أو نكول حاطب وحلف المزدني، فعلى ما تقدم في سائر الحقوق، وقال ابن عباس في عبد انتحر حمرا، وقال: خفت أن أموت جوعاً: لا يقطع، ويغرم سيده ثمن الحمار.

وقال محمد: وذلك إذا ثبت أن السيد كان يجيعه، فيغرم أو يسلمه، وإنما غرم عمر حاطباً، وترك قطع عبيده؛ لأنه كان يجيعهم، فعلى هذا أيضاً لم يجمع بين القطع والقيمة. وقد قال في الحديث: إنه أمر كثير بن الصلت بقطع أيديهم، فعلى رأى ابن المواز انصرف عنه إلى التقويم لما ثبت عنده أنه كان يجيعهم، وعلى رأى أصبغ أنه جمع بين الأمرين، ولعله كان للعبيد مال، فوقع الغرم منه.

وقال لحاطب: «لأغرمك غرمًا يشق عليك» يريد أن يأخذ ذلك من مال عبيده الذي كان له أخذه، ويشق عليه أن يؤخذ جميعه أو الكثير منه، فبه كانوا يقصدون على السعي والتكسب، وإن كان ذلك بإقرار العبيد، فقد قال مالك: لا يقبل من إقرار العبيد إلا ما ينصرف إلى جسده.

فأما ما يلزم سيده به أمر، فلا، فهذا على الإطلاق، ويعرى فى القضية مما يقويها.

وأما إذا اقترن بالقضية ما يشهد لها من شاهد الحال، فإن إقراره مقبول فيما يتعلق بمال سيده، وقد قال مالك فى عبد أصاب صبيًا بموضحة، فأتى متعلقًا به، ولا بينة له، فأقر العبد بما كان قريبًا من فعله، ويأتى مكانه متعلقًا به، فليقبل منه، فأما ما بعد، وإنما يقول: كنت فعلته، فلا يقبل منه، وقاله ابن القاسم.

وقد قال مالك فى عبيد دخل عليهم، وعندهم شاتانا مذبوحتان، يعرفان لجارهم، فأقر اثنان منهم، ووجد الثالث: إن غرم ذلك على سادتهم، فعلى هذا أيضًا يحتمل أن يكون إنما أغرم حاطبًا لما وجدت الناقة بين أيدي العبيد، وعرف أنها كانت للمزنى الطالب لها، وثبت ذلك بالبينه.

فصل: وقوله: «فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم» قال عيسى فى المدونة: معنى ذلك عندنا أنهم سرقوها من حرزها، ولم يسرقوها من المرعى، وسيأتى معنى الحرز مفسرًا فى كتاب القطع فى السرقة.

فصل: وقوله: «أراك تجميعهم» يحتمل أن يكون العبيد قد شكوا ذلك إليه، واعتذروا به لسرقتهم، ويحتمل أن يكون ثبت ذلك عنده بينة شهدت به، ويحتمل أن يكون رأى فيهم من الضعف ما استدل به عليه، فأنكر عليه إجماعهم؛ لأنه يلزم السيد أن لا يجمع رقيقه بل يشبعهم الوسط أو يبيعهم، لما روى أبو ذر أن رسول الله ﷺ قال: «إخوانكم خولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده، فليطعمه مما يأكل، ويلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم فأعينوهم» (\*).

فصل: وقوله: «والله لأغرمك غرمًا يشق عليك» يريد به الغرم الكثير الذى يعلم أن حاطبًا يتوقع له مع كثرة ماله، ولعله أداه اجتهداه على أن ذلك يجوز له على وجه الأدب والتعزير لحاطب على إجماعه لرقيقه، وإحواجه لهم إلى السرقة التى كانت سبب قطع أيديهم، وسبب إتلاف ناقة المزنى، فرأى أن يغرمه إياها، ولعله قد كان كرر نهيه إياه عن ذلك، وحد له فى قوتهم حدًا لم يمتثلته.

قال مالك فىمن اتخذ فى ماشيته كلبًا عقورًا، فتقدم إليه الإمام فى إزالته، فلم يزل، وقتل أحدًا: إن على صاحبه دية، ولا شك أنه لو كان عبدًا للزمته قيمته، وقد قال مالك

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٣٠، ٢٥٤٥. مسلم حديث رقم ١٦٦١. أحمد فى المسند

حديث رقم ٢٠٩٢١.

كتاب الأفضية ..... ٤٤٩

فيمن غش لبناً أو زعفراناً أو مسكاً: لا يهراق، وليتصدق به، ولم يخص قليلاً ولا كثيراً.

وقال ابن القاسم وغيره: إنما ذلك في اليسير، فأما الكثير، فنلّا يتصدق به، ويوجع أدباً، هذا الذي أشار إليه أصحابنا في تأويل هذا الحديث، ويحتمل عندى أن يكون أراد الغريم لما أوجب عليه من قيمة الناقة لما اعتقده من كثرة قيمتها، وأن حاطباً شق عليه غرم مثلها، والله أعلم.

وقد سأل ابن مزين أصبغ عن قول مالك: «ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة»، إن كان مالك يرى على السيد الغرم من غير تضعيف. قال أصبغ: لا يلزم السيد من ذلك إلا قيمة واحدة، لا أقل ولا أكثر، لا في ماله ولا في رقاب العبيد القطع الذي وجب عليهم.

قال الداودي: غلط من ظن أن القطع نفذ، وإنما كان عمر أمر بقطعهم، ثم قال: «أراك تجيعهم»، ثم أمر بصرفهم، ولم يقطعهم، وعذرهم بالجوع، وهذا معلوم من سيرة عمر في عام الرمادة، فإنه لم يقطع سارقاً.

وقد روى ابن وهب في موطئه هذا مفسراً من حديث أبي الزناد عن أبيه عن عروة أن عبدالرحمن بن حاطب قال: توفي حاطب، وترك أعبداً منهم من يمنعه من ستة آلاف، يعملون في مال لحاطب بسوان، فأرسل عمر، فقال: هؤلاء عبيدك قد سرقوا، ووجب عليهم ما وجب على السارق، فانتحروا ناقة لرجل من مزينة، واعترفوا بها، ومعهم المزني، فأمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم، ثم أرسل وراءه من يأتيه بهم، فجاء بهم، فقال لعبدالرحمن بن حاطب: أما لولا أنى أظنكم تستعملونهم، وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعهم، ولكن والله إذا تركتهم لأغرمك غرامة توجعك.

مسألة: وإن كان للعبيد أموال، فقد قال أصبغ: إنما كان يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال، وإلا فلا شيء، وإنما يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها، فيخير السيد بين إسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها. وقال ابن المواز: لا يتبع في السرقة التي تقطع في رقبته، ولا فيما في يده، ولو ثبت ذلك بالبيينة إذا لم توجد بعينها، لأن ماله إنما صار له بعد العتق.

فصل: وقوله: «للمزني: كم ثمن ناقتك» يريد قيمتها يحتمل أن يكون ذلك لما انتفى حاطب من معرفة قيمتها؛ لأن القول قول الغارم، ويحتمل أن يكون بدأ المزني ليعرف منتهى ما يدعيه، ثم توقف حاطب عن الإقرار بذلك، والإنكار له، وهكذا وجه العمل؛

٤٥٠ ..... كتاب الأفضية

لأنه لا يوقف مدعى عليه حتى يعلم منتهى دعوى المدعى فى دعواه تلك فى قدرها وجنسها، فيصح توقيف المدعى عليه على ذلك ليقر بعد ذلك أو ينكر.

فصل: وقول المزنى «كنت والله أمنعها من أربعمئة درهم» على معنى الإخبار بقيمتها على التحرى بذلك، وإن ذكر أقل ما يمكن من قيمتها، وما كان يمتنع من بيعها به، ويحتمل أن يكون قسمه على معنى تحقيق دعواه، والإخبار عن تيقنه كما قال، وما ادعى من القيمة لا على معنى الاستحقاق للقيمة بيمينه.

ولم يحتج عمر أن يحلفه إما لأن حاطباً صدقه؛ لأن قوماً شهدوا له بذلك، أو لأنه بنى أن يأخذ له من حاطب أكثر من القيمة على معنى التأديب له لما جناه بإجاعة رقيقه، ولذلك لم يقتصر على ما ادعاه المزنى من قيمة ناقتة حتى أضعف ذلك عليه، ورأى المزنى أحق الناس بذلك؛ لأنه هو الذى جنى عليه بتفويت ناقتة لأنه وإن كان أخذ قيمتها أربعمئة درهم، فقد كان له غرض فى عينها، ففوته عينها بسرقتها ونحرها.

وهذا وإن كان وجهاً لاجتهاد عمر، فالقضاة اليوم لا يرون ذلك، ويرون على من جنى بتعد أو غيره قيمة واحدة هذا إذا حملنا قول عمر على أنه قصد تضعيف القيمة عليه، ويحتمل أنه لم يقصد ذلك وقصد وجهاً من وجوه سنذكر بعضها بعد هذا إن شاء الله تعالى.

فصل: وقوله: «أعطته ثمانمئة درهم» ظاهره تضعيف القيمة التى ادعاها المزنى، وقد قال مالك بأثر الحديث: «ليس العمل عندنا على تضعيف القيمة، وإنما العمل عندنا أن يغرم الرجل قيمة البعير يوم يأخذه» ظاهره أيضاً أنه لم يكن ظاهر حديث عمر فى تضعيف القيمة على الجانى.

قال القاضى أبو الوليد: ويحتمل عندى أن يكون عمر إنما أضعف القيمة؛ لأن المزنى ادعى لنفسه قيمة ناقة فى بلد أو زمن غير البلد، والزمن التى سرقت به، والقيمة تتضاعف فيه، ولذلك قال: وإنما يلزم الرجل قيمة البعير يوم أخذه، يريد أن قيمته إن زادت بعد أن عرف صاحبها قيمته بتغيير الأسواق بانتقال زمن أو بنقله إلى مكان، فإن تلك الزيادة له، ولو نقصت لكان النقصان عليه.

وقد قال الشيخ أبو محمد: رأيت لابن كنانة أنه إنما سأل عن ثمن ناقتة، فأضعفه، يحتمل أن يصادف تضعيف القيمة قيمتها اليوم. قال غيره: ولو لم يقل بذلك أحد بعده لم يجب القول به.



ولو أجمعوا على ترك العمل بحديث النبي ﷺ لترك، وعلم أنهم لم يجمعوا إلا لأمر  
يجب المصير إليه، غير أن الأول أظهر، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقول مالك: «وإنما يغرم الرجل قيمة البعير يوم أخذه» يريد أن ما لحقه من  
نقص في ضمان من أخذه، فإن أدركه نقص، ثم هلك ضمنه الآخر سالمًا من ذلك  
النقص، وإن وجده ناقصًا، فعلى ما قدمناه قبل هذا من مراعاة النقص، إن كان من فعل  
الآخر أو من فعل غيره، وإن زاد عند المتعدي، فوجده صاحبه كان له أخذه بزيادته،  
وإن هلك بعد الزيادة لم يكن عليه إلا قيمته يوم الأخذ، وبالله التوفيق.

\* \* \*

### القضاء فيمن أصاب شيئًا من البهائم

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِيمَنْ أَصَابَ شَيْئًا مِنَ الْبَهَائِمِ، إِنَّ  
عَلَى الَّذِي أَصَابَهَا قَدْرَ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَمِهَا<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن من أصاب شيئًا من البهائم، فنقصتها جنايته  
نقصًا، لم يمنع منفعتها المقصودة منها كان عليه قيمة ما نقص من قيمتها، وذلك أن  
تساوى سالمة عشرة دنائير وتساوى بالجناية ثمانية، فإن عليه ما نقص منها، وذلك خمس  
قيمتها، وذلك ما لم تلتف منفعتها المقصودة منها.

فإن ألتفت منفعتها المقصودة منها من عمل بها أو غيره، فعليه قيمتها، وبه قال  
الليث. وقال الشافعي: ليس عليه إلا ما نقص منها، وبه قال أبو حنيفة في عين الدابة  
والبقرة ربع ثمنها، وفي شاة القصاب ما نقصها.

قال الطحاوي: وهذا استحسان، وقد تقدم الكلام في هذا في باب القضاء في  
استهلاك الحيوان بما يغنى عن إعادته، والله أعلم.

قَالَ يَحْيَى: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الْجَمَلِ يَصُولُ عَلَى الرَّجُلِ، فَيَخَافُهُ عَلَى  
نَفْسِهِ، فَيَقْتُلُهُ أَوْ يَغْرِهُ فَإِنَّهُ، إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَهُ وَصَالَ عَلَيْهِ، فَلَا غُرْمَ  
عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَقَمْ لَهُ بَيِّنَةٌ إِلَّا مَقَالَتُهُ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْجَمَلِ<sup>(٢)</sup>.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ٢٢/٢٦٣.

(٢) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٣٨.

٤٥٢ ..... كتاب الأقضية

الشرح: وهذا على ما قال أن من صال عليه جمل أو دابة، فقتلها أو قامت له بينة بأنه قد خافها على نفسه، أن تقتله، فلا ضمان عليه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة والثوري: هو ضامن.

والدليل على ما نقوله أن من قتل مخوفاً على نفسه دفعاً عنها، فإنه لا ضمان عليه فيه كالعبد يريد قتل الحر، فيقتله الحر؛ دفعاً عن نفسه، فإنه لا شيء عليه من قيمته.

مسألة: وهذا حكم الجمل إذا صال، فقتل أو عض، فلا يخلو أن يكون لم يشتهر بذلك عند صاحبه والناس، ولم يتكرر ذلك منه، أو يكون قد تكرر ذلك منه حتى شهّر بذلك، وخيف من أجله، فإن كان لم يشتهر بذلك، فلا ضمان على صاحبه حتى يتقدم إليه السلطان فيه.

فإذا تقدم إليه فيه، فقد قال مالك: إذا تقدم إليه في البعير، أو الدابة ضمن ما أفسدت بعد ذلك ليلاً أو نهاراً. وقال أشهب في العتبية: لا يضمن رب الدابة على كل حال تقدم إليه السلطان في إزالته أو جيرانه، فهو حكم عليه بضمان ما يتلفه، فلزمه بذلك كالحائط المائل.

وجه قول أشهب قوله عليه السلام: «جرح العجماء جبار» (\*). ومن جهة المعنى أن اتخاذه مباح، ولو لم يكن اتخاذه مباحاً على الإطلاق لضمن جنايته، وإن لم يتقدم إليه.

فرع: إذا قلنا يضمن، فهل يكون ذلك في ماله أو على عاقلته.

قال مالك في الجمل البصول قد عرف بذلك، يدخله صاحبه المدينة: إنه يضمن ما أصاب، وهو على العاقلة.

وقال ابن المواز: ما بلغ ثلث الدية، فعلى العاقلة. وقد روى عيسى عن ابن القاسم: أن هذه الجناية تكون جناية مضاف خطؤها إلى صاحب الدابة، فإذا بلغت الثلث، فهي على العاقلة كما لو باشرها.

وجه الرواية الثانية أنها جناية من مملوك، فلم تتجاوز مال صاحبه إلى العاقلة. أصل ذلك جناية العبد.

---

(\*) أخرجه مسلم حديث رقم ١٧١٠. الترمذي حديث رقم ١٣٧٧. النسائي في الصغرى حديث رقم ٢٤٩٧. أبو داود حديث رقم ٤٥٩٣. ابن ماجه حديث رقم ٢٦٧٥. أحمد في المسند حديث رقم ٢٧٦٩٠.

كتاب الأقضية ..... ٤٥٣

مسألة: وأما الكلب العقور، فإن المعانى المؤثرة فى ضمان صاحبه أن يتخذه، وهو يعلم أنه يعقر. والثانى أن يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه. والثالث: أن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه. والرابع: أن يتقدم إليه فيه.

فأما علمه بعقره، فإن كان تكرر ذلك منه، وشهر به، وخيف من أجله، فهو أشد من الحائط المائل، وقد قال أشهب فى المجموعة فى الحائط المائل المنخوف الذى بلغ شدة الغرر، فلم يهدمه، وقد أمكنه هدمه: يضمن ما سقط عليه، أشهد عليه أو لم يشهد عليه؛ لأنه متعد كمن أوقف دابته بحيث لا يجوز له، وإن لم يبلغ ذلك لم يضمن، أشهد عليه أو لم يشهد، ويضمن إذا تقدم إليه السلطان.

وأما إذا كان الكلب إنما جرى ذلك له مرة أو فى الندرة، ولم يشتهر، فهذا لا يضمن حتى يتقدم إليه السلطان فيهن وإنما المعنى الثانى، وهو أن يتخذه لما لا يجوز له اتخاذه، مثل أن يتخذ كلباً لدفع السراق عن ماشيته، فإنه يضمن ما عقر، ولو اتخذه لدفع السباع عنها، لم يضمن.

وأما المعنى الثالث بأن يتخذه حيث لا يجوز له اتخاذه، فقد روى ابن وهب عن مالك فيمن اتخذ كلباً فى داره لماشيته، أنه يضمن ما عقر. قال محمد: لأنه للناس اتخذه؛ لأن الماشية إنما يخاف عليها فى الدار من الناس، وإنما أبيع اتخاذ الكلب للزرع والحراث والماشية فى مواضع رعيها، وحيث يدفع الذئاب عنها. قال محمد: وهو قول أشهب.

وروى أصبغ عن ابن القاسم فى المزية: إن اتخذه حيث يجوز له اتخاذه، لم يضمن حتى يتقدم إليه فيه، وإن اتخذه حيث لا يجوز له، ضمن.

وقد قال مالك فى الجمل الصؤل، قد عرف بذلك، يدخله صاحبه المدينة: يضمن ما أصاب، فعلى هذا إن عرا من هذه المعانى كلها، لا يضمن، وإن وجدت فيه كلها ضمن، وإن لم يتقدم إليه، وإن وجد فيه بعضها، فعلى حسب ما تقدم.

فرع: وفى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فى الدابة تصول، تعدو على الصبى فتقتله، مربوطة أو تنفلت من رباطها، وقد أعذر إليه الجيران: لا ضمان عليه حتى يتقدم إليه السلطان، ويجب أن يكون قد ربطه فى موضع يجوز له ربطه فيه على وجه يؤمن غالباً حتى يكون ذلك مبيعاً لاتخاذه على ذلك الوجه.

وإنما الكلب العقور الذى شهر بذلك يتخذه الرجل حيث يجوز له اتخاذه لعقر السباع، فهذا أيضاً إذا عقر الناس وآذاهم، لا ضمان عليه حتى يتقدم إليه السلطان؛ لأنه موضع يجوز له اتخاذه.

٤٥٤ ..... كتاب الأقضية

وقد قال أشهب في العتبية: لا يضمن رب الدابة على حال تقدم إليه السلطان أو جيرانه، فيحتمل أن يريد دابة خيف ذلك منها، ولم يتقدم لها عقر ولا شهرت به، فيكون وفاقاً لما تقدم، ويحتمل أن يريد الذي تقدم لها الصول والأذى، فيكون خلافاً لقول مالك.

ويفرق بينه وبين الكلب، بأن الكلب منهي عن اتخاذها، وإنما أبيع اتخاذها لدفع الضرر على وجه ما، والحمى مباح اتخاذها على الإطلاق، وإنما يؤمر صاحبه بكف ضرره، إذا ثبت ضرره.

مسألة: والتقدم إلى صاحب الكلب والجمل، إنما يكون إذا ثبت ضرره، ويحتمل عندي أن يتقدم إليه فيه إذا ثبت أنه على حال كان يتقى ضرره، ولا يؤمن عقره كالحائط المائل، وقد قال ابن مزين: لا يكون التقدم إلا عند السلطان، إذا كان بموضع فيه سلطان، فإن كان بموضع لا سلطان فيه أشهد عليه العدول بالتقدم إليه فقط.

ووجه ذلك أن هذا حكم، ولا يثبت حيث يكون حاكم إلا بحكمه، وأما موضع لا حاكم، فجماعة المسلمين تقوم مقام الحاكم في مثل هذا من الأمور التي يضطر الناس إليها، وهذا حكم من يكون التقدم منه. وأما من يكون التقدم إليه، فهو المالك، والناظر له، من أب أو وصى دون المحجور عليه، قاله محمد بن عبدالحكم في الحائط المائل.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإنه يجوز له اتخاذ كلب الصيد في داره، روى معناه ابن المواز عن ابن القاسم، وليس له اتخاذها في داره لحراسة الناس، ولا ممن يسرق؛ لأنه ليس من الوجوه التي ورد الشرع بإباحة اتخاذها؛ لأنه لا يباح له عقر السارق، ولا قتله، وإنما أبيع له طرده، وعقر السباع المؤذية في الزرع والماشية مباح، وكذلك الصيد للمأكلة، والله أعلم.

فصل: وقوله: «فإن لم تقم له بينة إلا قوله، ضمن» ولم يذكر إن كان يثبت بشاهد ويمين أم لا، ويحتمل أن يكون فيه الخلاف على ما يأتي بعد هذا، وأما إذا صال الجمل فقتل، فقد روى عيسى عن ابن القاسم في المزية في الكلب العقور أو الجمل الصول والثور إن أصابوا رجلاً بعد التقدم إلى أربابها، ولم يشهد على ذلك إلا شاهد واحد: أن ورثته يحلفون يمينا واحدة، ويستحقون دية صاحبهم.

وقال أصبغ: لا يثبت من هذا إلا ما شهد به شاهدان، وأنكر رواية عيسى في ذلك إنكار شديداً، وقال: دية الحر المسلم يمين وشاهد واحد.

وجه قول ابن القاسم أن هذه شهادة لا يستحق صاحبها غير المال توجه فثبتت بشهادة وعين كالقرض والقراض.

وجه رواية أصبغ أن هذه جناية في الجسد على حر، فلم تثبت إلا بشاهدين كما لو جناها إنسان.

\* \* \*

### القضاء فيما يعطى العمال

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِيمَنْ دَفَعَ إِلَى الْغَسَّالِ ثَوْبًا يَصْبِغُهُ، فَصَبَّغَهُ، فَقَالَ صَاحِبُ الثَّوْبِ: لَمْ أَمُرْكَ بِهَذَا الصَّبْغِ، وَقَالَ الْغَسَّالُ: بَلْ أَنْتَ أَمَرْتَنِي بِذَلِكَ: فَإِنَّ الْغَسَّالَ مُصَدِّقٌ فِي ذَلِكَ، وَالْخِيَّاطُ مِثْلُ ذَلِكَ، وَالصَّائِغُ مِثْلُ ذَلِكَ، وَيَحْلِفُونَ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَأْتُوا بِأَمْرٍ لَا يُسْتَعْمَلُونَ فِي مِثْلِهِ، فَلَا يَجُوزُ قَوْلُهُمْ فِي ذَلِكَ، وَلْيَحْلِفْ صَاحِبُ الثَّوْبِ فَإِنْ رَدَّهَا، وَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ، حُلْفَ الصَّبَّاحِ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على حسب ما قال أن الصانع إذا دفع إليه ثوب، فصبغه، وأنكر صاحب الثوب أن يكون أمره بذلك، فالقول قول الغسال أنه أمره بذلك، وهذا ظاهر لفظ الكتاب، إلا أن صاحب الثوب قد ينكر، وهو على وجهين، أحدهما: أن يقول: أمرتك أن تصبغه. والثاني: أن يقول لم أمرك بصبغه.

فإذا قال: أمرتك أن تصبغه، فإنه أيضًا على قسمين، أحدهما: أن يقول له: أمرتك بغير هذا الصبغ. والثاني: أن يقول له: أمرتك بهذا الصبغ، ويختلفان في القدر، فإن قال: أمرتك بغير هذا الصبغ، ولم يكن لواحد منهما بينة، فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده، فإن كان قبل العمل، فقد قال: يتحالفان، ويتفاسخان.

وجه ذلك أنه لم يفت بالعمل، وقد تحالفا في صفة ما وقع التبایع عليه، فوجب أن يتحالفا ويتفاسخا كبيع الأعيان.

مسألة: فإن تحالفا بعد العمل، فالقول قول الصباغ، وكذلك سائر الصناعات، فيما يحوزه الصانع بالفوت، ولما له فيه من العمل بوجه حق. وقال أبو حنيفة والشافعي: القول قول صاحب الثوب.

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٣٩.

وجه قول مالك أن الصانع حائز، فلا يستحق أخذه منه إلا بعد أداء ما له فيه، وصاحب الثوب مدع لأخذ ما في يده من الثوب، والصبيغ على غير هذا الوجه الذى يقر به الصباغ، فكان القول قول الصباغ.

وقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى الحائك، يقول: أمرتنى أن أنسج لك سبعاً فى ثلاث، وقال صاحبه: بل سبعاً فى أربع: أن الحائك مصدق مع يمينه، ولو قال البناء: أمرتنى أن أبني بيتاً خمساً فى خمس، وقال رب العرصة: بل عشرة فى عشرة تحالفاً، فإن حلفاً فسخ ذلك، ويقطع البناء نقضه إلا أن يشاء رب العرصة أن يدفع إليه قيمته مقلوعاً، وإن نكل البناء، وحلف صاحب العرصة، لزمه ما قال البناء.

والفرق بينهما أن الحائك حائز لما صار فى يديه، والبناء لم يحز العرصة، ولا ما بنى فيها، بل صاحب العرصة حائز لذلك كله؛ لأنه فى يده، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وهذا إذا اختلفا فى العمل، فإن اختلفا فى الجرة، فيقول الصانع: عملته بأربعة دراهم، ويقول صاحبه: استأجرتك بدرهمين، فإن كان لم يفت بالعمل تحالفاً وتفاسخاً.

وإن فات بالعمل، فالقول قول الصانع بخلاف البناء، فالقول قول صاحب العرصة بعد البناء، ذكره ابن نافع فى النوادر عن مالك، وذلك أن الصانع له يد على ما صنع فيه، فالقول قوله فيما بيده، ولا يستحق أن يخرج عمله من يده بما يدعيه عليه صاحب الثوب، والبناء عليه يد صاحب العرصة، فالبناء يدعى عليه زيادة فى ثمن عمل، قد فات، وقبض منه، فالقول قول صاحب العرصة؛ لأنه غارم مدعى عليه فيما بيده، والله أعلم.

مسألة: ولو قال الصانع: لم تأمرنى بشيء، وقال صاحبه: أمرتك بكذا، ففى كتاب محمد فى الخائط يقطع الثوب قميصاً، فيقول صاحبه: أمرتك بقطعه فرماً: أن الخياط مصدق، ولا يضمن، إذا حلف، إلا أن يقطعه قطعاً لا يلبسه الأمر.

وقال ابن ميسر: إذا أقر الصانع أنه لم يأمر بشيء، فهو متعد، وإنما يصح الجواب إذا قال له صاحب الثوب: اقطعه على ما ترى، وقد عرف ما يقطع للرجل.

فوجه القول الأول أن العامل لما كان مصدقاً مع يمينه فى العمل لمكان اليد، صدق فى إنكار الصفة، وكان سكوت رب الثوب عن الصانع بمعنى اصنع ما تراه، وإنما يجب أن يكون ذلك إذا افرقا عن أن يشرع فى العمل دون وصف، وأما إذا افرقا عن أن يعود إليه، فيصف له ما يريد، فهو على ما قاله ابن ميسر.

ولا يكاد أن يتحقق من القسمين قسم ثالث إلا بأن يفارقه صاحب الثوب على أن يعود إليه للوصف، ويعتقد الصانع أنه قد أذن له فى العمل، فعلى هذا يجب أن يكون القول قول العامل؛ لأنه حكم ما يترك عنده غالباً، والله أعلم وأحكم.

وجه قول ابن ميسر أنه أقر الصانع أنه لم يؤمر بشيء، فهو متعد لإقدامه على العمل دون صفة، ودون ما يقوم مقامها من العرف.

مسألة: فإن اتفقا على أنه لم يصف له شيئاً، فيقول له صاحبه: أردت كذا، ويقول الصانع: رأيت هذا مما يصلح لك، فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن دفع إلى صانع جلدًا، ليعمل له خفين: إذا عمل ما يشبه لباس الناس ولباس الرجل، لم يضمن؛ ولأنه فوض إليه. قال: وكذلك الخياط فى الثوب وعامل القلائس فى الظهارة.

وجه ذلك أنه إذا قال: اصبغ ثوبى هذا لونًا، فإن أمره يتناول كل لون، فأى لون صبغة الصباغ كان به ممثلاً لأمر الأمر، وهذا إذا كان اللفظ يقتضى التفويض لصنعه أو اقترن به ما يقتضى التفويض.

ولو اقترن به ما يقتضى لونا يكون إلى رب الثوب تعيينه لكنه آخر ذلك لوجه رآه، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: وأما الصباغ يصبغ الثوب لونًا بغير إذن ربه، فهو ضامن كمن أمر رجلاً بشراء خادم أو جارية.

ومعنى ذلك أنه لم يوجد من صاحب الثوب ما يقتضى التفويض إليه؛ لأن ذلك إذن له يدل على ذلك ما تقدم فى قوله فى مسألة الخفين.

وإذا تقدم هذان القسمان، فإن قول رب الثوب أصبغ هذا الثوب لونًا يقتضى بإطلاقه التفويض إلى الصباغ، ولا سيما على قول من قال من أصحابنا: إن الأمر على الفور، وذلك أيضاً على قول من يقول أنه على التراخي؛ لأنه لا خلاف أنه يجوز للمأمور امتثال الأمر المطلق على الفور، إلا أنه على القول الأول ألزم، إلا أن يقترن به ما يمنع التفويض، وهذا أيضاً معنى قوله: اشترى لى خادماً.

وفى المدونة من قول مالك فى الرجل يأمر الرجل يشتري له خادمة، ولا يصفها له: أنه إن اشترى له من يكون مثلها من خدمه، لزمت الأمر، وهذا التخصيص بالعرف ولولا العرف للزمه أى خادم اشترى له، إذا اقتضى اللفظ ذلك، وتعدى عما يصرفه عن مقتضاه.

مسألة: وأما إذا قال: أمرتك بهذا الصبغ، واختلفا في القدر، ففي المدونة من قول مالك في الصباغ يصبغ الثوب، فيقول: صبغته بعشرة دراهم، ويقول صاحب الثوب: أمرتك بخمسة دراهم: القول قول الصباغ إذا كان ما في الثوب من الصبغ يشبه ذلك، فإن أتى من ذلك بما يستدل به على كذبه ويشبهه قول صاحب الثوب، فالقول قول صاحب الثوب، وإن أتى بما لا يشبهه، رد إلى إجارة المثل.

ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط، أحدها ما تقدم، وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال. والشرط الثاني: أن يتفقا أو يقول الصباغ: لم يكن فيه صبغ، فإن اتفقا على أنه قد كان فيه صبغ، فالقول قول صاحب الثوب في المقدار الذي اتفقا عليه، إذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال: والشرط الثالث: أن يعمل الصباغ عنده، ويغيب عليه.

فأما إذا لم يدفع إليه الثوب، ولم يغيب عليه، ففي المدونة في مسألة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب؛ لأن اليد له، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا قال رب الثوب، عملته لى بغير أجر ولا عوض، وقال الصباغ: بل بأجر كذا وكذا درهماً، ففي المدونة من قول ابن القاسم: القول قول العامل، إذا أتى بما يشبه أجر مثله، وإلا رد أجر مثله.

قال غيره: لأن رب الثوب مقر أنه دفعه إليه ليصبغه له، ويدعى عليه هذه الأجرة، وهاهنا إن كان ادعى الصباغ أجر مثله، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه يدفع عن نفسه به شيئاً، وإن ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله حلف رب المتاع؛ ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل.

ومعنى ذلك أن القول قول الصباغ بثلاثة شروط، أحدها ما تقدم، وهو أن يكون ما فيه من الصبغ يشبه ما قال. والشرط الثاني: أن يتفقا أو يقول الصباغ، لم يكن فيه صبغ، اتفقا على أنه قد كان فيه صبغ، فالقول قول صاحب الثوب في المقدار الذي اتفقا عليه، إذا كان ما زاد من الصبغ يشبه ما قال.

والشرط الثالث: أن يعمل الصباغ عنده، ويغيب عليه. فأما إذا لم يدفع إليه الثوب، ولم يغيب عليه، ففي المدونة في مسألة الثياب ما يقتضى أن القول قول صاحب الثوب؛ لأن اليد له والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإذا قال رب الثوب: عملته لى بغير أجر ولا عوض، وقال الصباغ: بل بأجر



كذا وكذا درهمًا، ففي المدونة من قول ابن القاسم: القول قول العامل، إذا أتى بما يشبه أجر مثله، وإلا رد أجر مثله.

قال غيره: لأن رب الثوب مقر أنه دفعه إليه ليصبغه له، ويدعى عليه هذه الأجرة، وهاهنا إن كان إن كان ادعى الصباغ أجر مثله، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه يدفع عن نفسه به شيئًا، وإن ادعى الصباغ أكثر من أجر مثله، حلف رب المتاع؛ ليسقط عن نفسه ما زاد من القيمة على أجر المثل.

فصل: وأما إذا قال: لم أمرك بصبغه، فلا يخلو أن يقول: دفعته إليك، ولم أمرك بصبغه أو يقول: لم أدفعه إليك، فإن قال: دفعته إليك وديعة، ولم أمرك فيه بعمل، وقال الصانع: بل أمرتني بالعمل، ففي المدونة قال ابن القاسم: القول قول العامل. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: القول قول العامل، إذا صبغه ما يشبهه. وقال غيره في المدونة: العامل مدع.

وجه القول الأول أن اليد للعامل، ومع ذلك فقد أقر صاحبه بتسليمه إليه، فوجب أن يكون القول قول العامل في صفة القبض، ولا يكون للدافع قبضه منه إلا ببينة أو اتفاق. ووجه القول الثاني أن إقرار رب الثوب إنما هو في تسليمه إليه، وأما الإذن فيما فيه من العمل، فقد ادعاه العامل، وأنكر رب الثوب، فالقول قوله إن لم يكن للعامل بينة. فرع: إذا ثبت ذلك، فالقول قول العامل فيما يشبهه من الأجرة وإلا رد إلى أجرة مثله، قاله ابن القاسم في المدونة. وقال غيره: له الأقل من أجرة المثل أو ما ادعاه. وقد قال أبو محمد عبدالحق: إن العامل إذا ادعى ما يشبه أجرته، فلا يمين على رب الثوب؛ لأنه لا يحط عن نفسه بها شيئًا، وإن ادعى أكثر من ذلك، فعليه اليمين ليحط عن نفسه ما زاد على أجرة المثل.

مسألة: وإذا قال رب الثوب: سرق مني، ولم أدفعه إليك، وقال: بل استعملتني، فقد قال ابن القاسم في المدونة: يتحالفان، ويقال لصاحب المتاع: خذه معمولاً، وادفع أجرة مثله، فإن أبى قيل للعامل: خذه، وادفع قيمته غير معمول، فإن أبى كانا شريكين، هذا بقيمة عمله، وهذا بقيمة متاعه غير معمول؛ لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: القول قول رب الثوب، ويكون له أن يدفع قيمة الصبغ أو يلزمه قيمة الثوب غير مصبوغ إلا أن يشاء الصباغ أن يسلم إليه الثوب مصبوغاً بغير شيء، فإن أبى كانا شريكين، صاحب الثوب بقيمته أبيض، والصباغ بما زادت قيمته بالصبغ، رواه أصبغ عن ابن القاسم.

وقال الغير فى المدونة: لا يكونان شريكين والعامل مدع.

وجه القول الأول أنه لما كان لكل واحد منهما شبهة، ولم يعلم بتعدى العامل أدتهما إلا بآية إلى الشركة، كالذى يبنى فى أرض غيره بشبهة.

ووجه قول الغير أن الصانع مدع، فلا يجوز له أن يدخل ضرر الشركة على صاحب الثوب، ويجبر على أن يدفع قيمة الثوب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فوجه العمل فى التحالف، قال الشيخ أبو محمد: إن اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه، ويعطيه قيمة الصبغ، وكانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصانع أو أكثر من ذلك، أدى ذلك رب الثوب، ولا يمين عليه، وإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصانع، حلف رب الثوب ما دفعه إليه، ويؤدى قيمة الصبغ.

فإن قال: أريد أن أضمنه، فإن طاع الصباغ أن يعطيه قيمة ثوبه أبيض، فلا يمين على واحد منهما، وإن أبى، تحالفا، وكانا شريكين فى الثوب، هذا مذهب ابن القاسم.

وأما على قول الغير أن الصانع مدع، فيحلف رب الثوب، أنه ما دفعه إليه، ثم يجبر الصانع على دفع قيمة الثوب، هذا قول الصقليين والقرويين من شيوختنا، وهو مخالف لظاهر لفظ الكتاب؛ لأن ظاهر لفظ الكتاب يقتضى التحالف قبل التخيير، وعلى ما تأولوه يثبت التخيير قبل التحالف.

قال القاضى أبو الوليد، رضى الله عنه: والذى عندي أن حمل اللفظ على ظاهره أولى، وهو أن يبدأ بأيمانهما قبل التخيير؛ لأن التخيير إنما يستحق بعد الأيمان، فحلف أولا رب الثوب ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من الإذن فى الصبغ، ويحلف الصانع ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه من التعدى، فإذا كمل ذلك بينهما بدئ بتخيير رب الثوب، لأن الأصل له، وقد بسطت القول فى هذه المسألة فى شرح المدونة، والله أعلم بالصواب.

قال: وَسَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ فِي الصَّبَاغِ يُدْفَعُ إِلَيْهِ الثَّوبُ، فَيُخَطِّئُ بِهِ، فَيَدْفَعُهُ إِلَى رَجُلٍ آخَرَ حَتَّى يَلْبَسَهُ الَّذِي أَعْطَاهُ إِيَّاهُ: إِنَّهُ لَا غَرَمَ عَلَى الَّذِي لَبَسَهُ، وَيَغْرَمُ الْغَسَّالُ لِصَاحِبِ الثَّوبِ وَذَلِكَ إِذَا لَبَسَ الثَّوبَ، الَّذِي دُفِعَ إِلَيْهِ عَلَى غَيْرِ مَعْرِفَةٍ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ، فَإِنْ لَبَسَهُ وَهُوَ يَعْرِفُ أَنَّهُ لَيْسَ ثَوْبُهُ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ<sup>(١)</sup>.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤٠، وقال: خالفه أكثر الفقهاء فى هذا منهم، الشافعى والكوفى، وقالوا: رب الثوب مخير، إن شاء ضمن لابسه قيمة ما لبسه إلا أن يكون =

قوله: «أن الصباغ يضمن ما أخطأ به من الثياب، التي بعضها للقباض لها» يقتضى ضمان الصناع مما ضاع عندهم مما قبضوه على ما نفسره بعد هذا، وضمنانهم فى الجملة مما أجمع عليه العلماء. وقال القاضى أبو محمد: إنه إجماع الصحابة، وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه: لا يصلح الناس إلا ذلك.

قال مالك فى المدونة والموازية وغيرها: وذلك لمصلحة الناس، وإذ لا غنى بالناس عنهم كما نهى عن تلقى السلع وبيع الحاضر للبأى للمصلحة، وبمثل ذلك ضمن الأكرباء الطعام خاصة للمصلحة، وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصناع.

قال القاضى أبو محمد: لأن ذلك تتعلق به مصلحة، ونظر للصناع، وأرباب السلع، وفى تركه ذريعة إلى إتلاف الأموال، وذلك أن بالناس ضرورة إلى الصناع؛ لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه أو يصبغه، فلو قلنا القول قول الصناع فى ضياع الأموال لتسرعوا إلى دعوى ذلك وللحق أرباب السلع ضرر؛ لأنهم بين أمرين إما أن يدفعوا إليهم المتاع، فلا يؤمن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفعوه، فيضر بهم، فكان تضمينهم خلافاً للفريقين.

ودليلنا من جهة المعنى أنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق للأخذ بعقد متقدم، فلم يقبل قوله فى تلفها كالرهن والعارية.

مسألة: ولو شرط الصانع أنه لا ضمان عليه، ففى العتبية والموازية عن أشهب عن مالك: لم ينفعه الشرط. وروى عن أشهب: أن ذلك ينفعه.

وجه القول الأول أنه محل للضمان متفق عليه، فلا يجوز نقله بالشرط كشرطه فى القرض والبيع.

وجه القول الثانى أنه شرط الضمان فيما يسقط عنه الضمان بالبيئة عن تلفه من غير

«أخلفه جدا فيضمن وإن شاء ذلك للغسال الذى أخطأ بالثوب؛ فدفعه إلى غير صاحبه، فإن غرم الغسال رجع على لابس الثوب بقيمة ما نقصه اللباس أو بقيمته إن أخلفه، وإن غرم اللابس لم يرجع بشيء على أحد، لأنه إنما أغرم قيمة ما استهلك كما لو أخذ خبزاً، أو شيئاً من المأكول لغيره، فأعطاه لمن أكله أن صاحبه بخير، إن شأى ضمن الأكل وإن شاء ضمن الذى أخذ خبزه. إلا أنهم اختلفوا هاهنا؛ فقال بعضهم: إن ضمن الأكل، ورجع على المعطى، لأنه غره، وكأنه تطوع له بما أعطاه. هذا إذا لم يعلم الأكل أنه مال غيره، فإن علم ضمن، ولم يرجع على أحد. ومنهم من قال: يغرمة الذى أكله على كل حال؛ لأن الأموال تضمن بالخطأ، كما تضمن بالعمد، وبالله التوفيق.

٤٦٢ ..... كتاب الأفضية

تعد، فوجب أن ينفعه ذلك، ويسقط عنه؛ لأن معنى ذلك تصديقه فى الضياع، ومن شرط التصديق نفعه كمن شرط ذلك فى الاقتضاء، والمشهور عن أشهب أنه ضامن مع البينة، والله أعلم.

مسألة: ومن أعطى ثوبه لصانع يعمل فيه، فقال: يكون عندى حتى آتى، فأعاملك فيه، فيضيع، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: أنه ضامن؛ لأنه تركه عنده على العمل لا على الأمانة.

مسألة: وسواء كان الصانع خاصا أو مشتركا خلافا لأبى حنيفة فى قوله: يضمن المشترك، وللشافعى فى قبض المشترك قولان، هذا الذى حكاه القاضى أبو محمد.

وحكى ابن حبيب عن مالك: لا يضمن الصانع الخاص، وهو الذى يحملة إلى مكانه يصنع فيه، والذى يعمل فى حانوته هو المشترك، قال: وقاله كله أصبغ.

وإذا كان معنى الخاص الذى يعمل عندك، فالمشهور من المذهب أنه غير ضامن، وبه قال ابن القاسم وغيره من أصحابنا.

وإن كان معنى الخاص الذى لم ينصب نفسه للعمل، وإنما عمل بهذا خاصة، ففى العتبية، قال عيسى: من دفع ثوبا إلى رجل يقصره أو يخيطة أو يرقعه، فضاع عنده، لم يضمنه، إذا لم ينصب نفسه صانعا، وهو كالأمين حتى ينصب نفسه لذلك فيضمن.

فإذ قلنا إن الخاص وهو من عمل فى منزل صاحب المتاع، وأنه لا يضمن، فقد روى عيسى عن ابن القاسم وابن وهب فى العتبية: أنه لا يضمن ما أصاب الثوب من حرق أو فساد، إلا أن يغر من نفسه، فيضمن.

وجه القول الأول أنه صانع، فكان ما يأخذه على حكم ضمان الصانع كالمشترك.

وجه القول الثانى أنه غير قابض لما يصنع فيه، فلم يضمنه باليد كما لو تلف قبل أن يقبضه الصانع.

مسألة: وسواء عملوه بأجر، أو بغير أجر، فإنهم ضامنون، رواه ابن حبيب وغيره عن مالك، خلافاً لأبى حنيفة فى قوله: لا يضمن من عمل بغير أجر.

والدليل على ما نقوله أنه صانع، لم تقم له بينة على هلاك ما قبضه للعمل، فكان ضامنا كما لو عمله بأجر.

كتاب الأفضية ..... ٤٦٣

مسألة: ويضمن الصانع، وإن كان معه صاحب المتاع، وقد روى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم: إن كمر الثوب بحضرة صاحبه، فقطعه من غير تفريط ولا تعد، فإنه يضمن.

ومعنى ذلك أن الصانع ضامن لما أصاب الثوب مما لم تقم به بيته، وإذا أصابه أمر من قبله، فهو أحق بالضمان؛ لأنه لا يعلم قصده.

فرع: ولو كان صاحب الثوب يعمل معه، فقد قال ابن حبيب وابن المواز: ما أصابه من عمل صاحبه، فلا ضمان على الصانع، وإن كان من عمل الصانع، فهو منه، وإن جهل ذلك، فهو منهما يلزم الصانع نصف ما نقصه.

ووجه ذلك أنه لو كان من فعلهما لكان منهما فإذا تردد بينهما، ولم يكن أحدهما أخص به من الآخر، فهو بمنزلة أن يكون من فعلهما.

مسألة: ويضمن الصانع ما أصلح فيه اليسير، وإن كان بغير أجر مثل فصل خاتم ورقعة ثوب أو زره أو سير في قلادة بقيمته، إذا أسلم ذلك إليه، رواه ابن حبيب عن مالك، ومثله في كتاب محمد.

ووجه ذلك أنهم لما ضمنوا ما أسلم للضرورة العامة، فهذا المعنى موجود في مسألتنا. وإذا أفسد الخياط أو القصار الثوب فساداً يسيراً، فقد قال مالك في الموازية والمختصر: عليه ما نقصه بعد أن يرفأه، يقال ما قيمته يوم دفعه إليه صحيحاً، وما قيمته ذلك اليوم مرفواً، فيغرم ما بين ذلك، وإن كثرا ضمن قيمته كله يوم دفعه إليه.

وروى ابن وهب عن مالك: إذا أفسده بخياطة، فله أن يضمته قيمته يومه صحيحاً، وقال مالك في الموازية: ولا يضمن من دفعت إليه لؤلؤة لثقبها إذا كسرت. قال أصبغ في العتبية: أو يخرم موضع الثقب، ولو تعدى الثقب لضمن.

قال مالك وابن القاسم وأشهب: وكذلك القوس تدفع لمن يعمرها، والرمح لمن يقومه، والفص لمن يثقشه، والدابة يسرجها البيطار، والسيف يقومه الصقال، فينكسر ذلك كله أو المريض يسقى الدواء أو يكويه الطبيب فيموت من كيه، أن الخاتن يخنن الصبي، فيموت من خنناته أو الحجام يقلع الضرس فيموت صاحبها، أنه لا يضمن أحد منهم.

فرق: والفرق بين هذا وبين ما تقدم ما قاله ابن حبيب، أن الغالب في هذا كله

٤٦٤ ..... كتاب الأقضية

الغمر، فصاحبه إذا أذن في العمل، وعمل على ما جرت به العادة من العمل، فقد عرضه لما حدث عليه، فلا ضمان على الصانع، وإنما يضمن بالتعدى أو بتلف بغير بينة، فإذا لم يوجد منه تعد، ولا تلف مجهول، فلا ضمان عليه.

وقد قال مالك في الموازية والمدونة في الفران: لا يضمن ما أحرق من الخبز والغزل؛ لأن احتراقه ليس من سببه، وهو من غلبة النار، إلا أن يغر من نفسه أو يفرط، فيضمن، وذلك إذا غر من نفسه، فقد تعدى من تناول ما لا يحسن، وقد فسد بسببه وعمله، فكان عليه ضمانه، والفران إذا غر من نفسه، وهو لا يحسن الخبز، وفرط، فقد وجد منه التعدى الموجب للضمان.

وأما الخياط تفسد الثوب خياطته، والطاحن يفسد القمح طحينه، فإن الفساد من سببه على وجه يمكنه الاحتراز منه غالباً، فكان عليه ضمانه، وكذلك في الخبز لو كان احتراقه بسببه على وجه يمكنه الاحتراز منه لضمن.

وقد قال ابن حبيب: إنه لو احترق بتضييع منه أو عبث في وقيد لضمن، وكذلك في اللؤلؤة إذا تناول ثقبها من موضعه، فلا ضمان عليه، وإن انخرمت؛ لأنه أمر غالب، وإن قال أهل البصر بذلك إنه تناوله من غير موضعه، فهو ضامن.

فرع: إذا كمل ذلك، فترجع إلى أصل المسألة، فعلى الصانع في ضمان الثوب قيمته يوم قبضه.

ووجه ذلك أنه حيثئذ ضمنه كالعاصب والمشتري، ولو تلف بعد كمال الصنعة وقامت بينة بتمام الصنعة فيه، ثم تلف، فقد قال ابن المواز: عليه ضمان قيمته يوم قبضه، ونحوه قال ابن القاسم في المدونة.

ولو قامت بينة بضياعه، فقد قال ابن المواز: هو من صاحبه، وعليه الأجرة، وقال ابن القاسم في المدونة: لا أجرة عليه؛ لأنه لم يسلم العمل إلى صاحبه.

وجه قول ابن المواز أن العمل لما صار في الثوب كان ذلك قبضاً من صاحبه للعمل؛ لأنه قد صار فيما يملكه، فكان عوض ذلك العمل.

ووجه قول ابن القاسم أن حصول الصنعة في الثوب ليس بقبض لها، وإنما يحصل القبض لها برجوع الثوب إلى يد صاحبه يدل على ذلك أنه لو تلف الثوب بغير بينة، وقد قامت بينة بتمام الصنعة لم يلزم صاحب الثوب العوض منها.

مسألة: وإذا ادعى الفران احتراق الخبز بغلبة النار، فقد روى ابن حبيب: إنما يسقط الضمان عن الفران إذا بقي من الخبز أو الغزل ما يعلم به أنه خبز ذلك الرجل أو غزله. فأما لو ذهب أصلاً، ولم يعرف إلا بقوله أنه احترق لضمان.

ووجه ذلك أنه إذا ادعى ضياعاً وتلفاً غير معلوم، فهو عندى على وجه الضمان، ولا يصدق فيه، وأما إذا كان الخبز باقياً، فهو مصدق فى قوله إنه غلبته النار، بغير بينة، وصاحبه مدع التعدى، قال ذلك أصبغ فى العتبية فى ثقب اللؤلؤة، ثم قال: وكذلك كل صاحب صنعة على هذا المعنى.

وكذلك ذكر ابن حبيب عن مالك فى قرض الفأر ولحس السوس إذا ادعى صاحب الثوب تضييع القصار؛ لأنه مدع فى ذلك والقصار مصدق؛ لأن التعدى لا يلزم بالدعوى.

فرع: ولو تلف الخبز عند الفران، فقد قال سحنون وغيره من أصحابنا: هو له ضامن، وقد أسلمه إليه صاحبه. وقد قال سحنون: لو تركه صاحبه، ولم يعلم به الفران، فلا ضمان عليه، إذا وجب عليه الضمان بتسليمها إليه، ففى سماع ابن وهب والمختصر الكبير: لا يعجبني أن يعطيه غير خبزته وليعطيه مثلها، ولا بأس أن يأخذ أصغر من خبزته، ولا يأخذ أكبر منها. وقال محمد بن عبدالحكم: لا يأخذ غير خبزته فى قول مالك. قال الشيخ أبو محمد: يريد أن الفران ضامن للرجلين.

مسألة: وأما الخاتن، فلا ضمان عليه فى موت الصغير إلا أن يخطئ بقطع الحشفة أو بعضها، فعلى عاقلته من ذلك الثلث، فأكثر وما قصر عن الثلث، ففى ماله إن كان ممن يحسن وإن كان ممن لا يحسن، وغر من نفسه، فذلك كله فى ماله، وكذلك الطبيب وقالع الضرس والبيطار، ويعاقبون مع ذلك، رواه ابن حبيب عن مالك.

مسألة: وإذا ادعى الصانع بعد ذهاب المتاع بيئته أنه سرق، لم يصدق فى ذهاب المتاع، وكذلك لو احترق بيته، ورأى ثوب الرجل يحترق فيه، روى محمد عن مالك: هو ضامن، وكذلك الرهن، قال محمد: حتى يعلم أن النار من غير سببه أو سيل يأتى أو ينهدم البيت، فهذا وشبهه يسقط فيه الضمان، وهذا الذى رواه محمد عن مالك مخالف لما رواه محمد بن حبيب عن مالك فى قرض الفأر، وادعى صاحب الثوب بتعدى الصانع وتضييعه، وقول مالك: الصانع مصدق والتعدى لا يلزم بدعوى صاحب المتاع، والله أعلم وأحكم.

٤٦٦ ..... كتاب الأقضية

فعلى هذا ففيما أشكل وجه سببه روايتان، إحداهما: أن الصانع ضامن. والثانية: أنه مصدق.

ووجه الرواية الأولى أن التعدى سبب للضمان، فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة فى حق الصانع. أصل ذلك المغيب عليه.

ووجه الرواية الثانية ما أشار إليه مالك أن التعدى لا يثبت بالدعوى. ومعنى ذلك أن التلف ظاهر، وهو تبرؤ من سبب الضمان الذى هو المغيب على المصنوع، وهذا فيما أشكل وجه سببه، وتيقن السبب كالخرق وقرض الفأر.

وأما إذا أشكل السبب نفسه، فلم يعلم هل هو قرض فأر أو غيره، ففى المدونة فى الفار يقرض الثوب عند القصار. قال مالك: ومن يعلم فى مسألتك أن الفار قرضه يضمن القصار حتى يقوم بينة أن الفار قرضه. وقال فى الموازية: ويتبين ذلك للناظر إليه. قال فى المدونة: من غير تضييع، فلا يضمن.

وقال فى الموازية فى قرض الفأر ولحس السوس: وإن أشكل ذلك، فالصانع ضامن حتى تقوم بينة أنه قرض فأر أو لحس سوس، ولم يكن ضيع، ففى هذا الوجه قول مالك، وهو الضمان، والله أعلم.

مسألة: وإذا جعل الخياط وجه الثوب إلى داخل، فإنه يفتقه ويعيده، فإن كان الفتق ينقصه، خير ربه بين أن يضمنه قيمته يوم قبضه أو يأمره بفتقه وإعادة خياطته.

قال سحنون فى كتاب ابنه: ووجه ذلك أن هذا عمل ينقصه ويمنع لباسه على الوجه المعتاد من مقصود الجمال، وهو مما يستطاع تغييره واستدراكه، فإن كان ذلك لا ينقص الثوب لزمه استدراكه وإزالة ما دخل من الفساد فيه، وإن كان ذلك ينقصه، فعلى ما تقدم من التخيير؛ لأن صاحب الثوب دفع النقص عن نفسه، والله أعلم.

مسألة: وإذا أخرج القصار الثوب أسود رديئاً، فقد قال سحنون فى كتاب ابنه: عليه أن يعيده حتى يجوده، فإن كان رده يفسده بأن يسترخى، وينكس وجهه، وخيف أن يحترق، فلا يرده، وينظر، فإن أفسده بذلك فساداً بيناً، ضمن قيمته أسمر، يريد عندى يوم قبضه خاماً، وإن كان الفساد يسيراً، أعطاه به قيمة العمل الردىء. قال الشيخ أبو محمد: ما لم يجاوز شرطه.

ووجه ذلك أن استدراك تبييضه إذا أمكن من غير إفساد الثوب لزمه عمله؛ لأن عمله



كتاب الأفضية ..... ٤٦٧

الأول الذى استؤجر عليه لم يتمه بعد، فعليه إتمامه، وإن كان لا يتم ذلك إلا بإفساد الثوب، فهو مخير بين أن يضمه قيمته أو يأخذه على ما هو عليه. وقال فى الفساد الكثير: يضمه قيمته.

ومعنى ذلك عندى إن شاء، أن يضمه. وقال فى الفساد اليسير: إن له أن يدفع إليه قيمة العمل الردىء، ولم يجعل له خياراً فى تضمينه القيمة، وهو الصواب إن شاء الله تعالى.

مسألة: وإذا كيل القمح على الطحان وأسلم إليه، فقد قال ابن القاسم: هو ضامن له. قال مالك: أرجو أن يكون تضمينه خفيفاً.

وروجه ذلك أنه إن كان حكمه حكم الصناع، وهو الأظهر، فهو ضامن للطعام وغيره، وإن كان حكمه حكم الحمالين، فهو ضامن أيضاً؛ لأن الحمال المنفرد لحمل الطعام هو ضامن له.

فرع: إذا ثبت أنه ضامن، فقد قال ابن القاسم: يعطى قدر ما نقص دقيقاً على ما يعرف الناس، يريد أنه أخذه بالكيل، فيعطى من كيل الدقيق ما يعلم الناس أنه ينتهى إليه بالطحن ما نقص من القمح وللطحان الأجرة كاملة. وقال ابن المواز: عليه قمح مثله، وهو قول مالك فى العتبية من رواية ابن القاسم عنه.

وجه القول الأول أنه قد استؤجر على طحن القمح، ولا يتعين بالإجارة على هذا الأصل، فعليه أن يأتى بقمح مثله ويطحنه، وتكون له الأجرة، وعلى قول ابن المواز يضمن قمحاً مثله، ولا يكون عليه طحنه، وسقط من الأجرة بقدره؛ لأن الإجارة اختصت بتلك العين لاختلاف القمح فى الطحن، أو لأن الضياع جاء من قبل الطحان، والله أعلم.

فرع: وإذا طحن الطحان القمح على النقش، فأفسده بالحجارة، ففى الموازية والعتبية من رواية أصبغ عن أشهب: عليه قمح مثله، وقال به أصبغ.

مسألة: وإذا أفسد الحائك الثوب، قال ابن حبيب: يضمن الغزل. قال ابن القاسم: إن وجد مثل الغزل الحائك أتاه به، وعليه عمله، وإن تعذر مثله، فعليه قيمته يوم يقبضه، وتنفسخ الإجارة بينهما، هذا الذى حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم.

وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يضمن الحائك؛ لأنه نسجه على أقل من العرض والطول الذى شرطه: له قيمة غزله، وليس له مثله.

٤٦٨ ..... كتاب الأقضية

ومن استهلك غزل رجل فعليه قيمته، لا مثله؛ لأن مالكاً قال فيمن استهلك ثوباً: عليه قيمته، فكذلك الغزل. وقال غيره: أصل الغزل الوزن، فعلى من تعدى فيه مثله، فيحتمل أن يريد بقوله: ليس له مثله؛ لأنه لا يوجد مثله غالباً.

ويحتمل أن يريد ليس له مثله، وإن وجد؛ لأنه أصل الثوب الذى تلزم فيه القيمة، وهو الأظهر من قوله فى المدونة.

ووجه ذلك أن الغزل يتعذر فيه التماثل لاختلاف أصله، واختلاف الصنعة فيه على وجه يتقارب، فلذلك عدل فيه القسمة، وإن كان موزوناً كما عدل فى الثوب إلى القيمة وإن كان مذروغاً لكنه لما اختلف جنس أصله فى الجودة، وكانت صناعته مختلفة متفاوتة، ولم ينظر إلى تماثله من جهة الذرع، عدل إلى القيمة، والله أعلم وأحكم.

وجه القول بالمثل ما احتج به الغير من أن أصله الوزن.

فرع: إذا ثبت أن عليه القيمة على الوجه الذى ذكر، فقال ابن القاسم: تنفسخ الإجارة بينهما. وحكى ابن حبيب عن أصبغ: أن الإجارة قائمة بأخذ القيمة، ويأتى بغزل مثله، فينسجه له.

واختار ابن حبيب قول ابن القاسم، واحتج لذلك بأنه غزل معين، فإذا ذهبت العين وعدمت، بطل العمل المختص بها، وهذا فيه نظر، وإنما يجب أن يكون وجه ذلك ما بنى عليه ابن القاسم من عدم التماثل فيه، وتفاوته فى الرقة والغلط، والقسوة والضعف، وإذا اختلف ما يعمل فيه وتفاوت وعدمت العين المختصة بالعقد، وجب نسجه كرضاع الصبى وتعليم الأعمال.

ووجه قول أصبغ ما احتج به ابن المواز بأنه ليس الغرض نفس الغزل، ولو شرط ذلك لم تجز الإجارة.

فرع: ولو أعطاه الغزل لينسجه سبعمائة فى ثمان، فنسجه ستاً فى سبع، ففى المدونة عن ابن القاسم له أن يضمن الحائك قيمة غزله، أو يأخذه، وعليه جميع أجره، وقال غيره: له من الأجرة بحساب عمله.

فوجه قول ابن القاسم على ما قاله الفضل بن سلمة أن النقص إنما هو فى هذا الثوب عيب من العيوب فى العمل، فإذا رضى به كان عليه جميع العوض كالثمن فى البيع.

ووجه قول الغير أنه من باب النقص من جملة ما استؤجر عليه، فوجب أن ينقص من عوضه كالطعام ينقص بعض ما اشترى من مكيله.

كتاب الأقضية ..... ٤٦٩

فرع: إذا ثبت ذلك، فإن قلنا بقول الغير، فمعناه أن ينظر إلى أجر مثله فيما شرط، وأجر مثله فيما عمل، فيسقط ما بينهما من المسمى، قاله بعض القرويين.

فرع: فلو زاد على الأذرع المشروطة، فقد قال الفضل بن سلمة: لا أجرة له في الزيادة على قول ابن القاسم: إنه عيب، وله الأجر على قول الغير.

فصل: وهذا حكم ما يعمل فيه، فأما ضياع ما لا يعمل فيه عند الصانع، فهو على ضربين ظرف أو مثال.

فأما الظرف، فعلى قسمين، قسم يستغنى عنه ما يعمله، وقسم لا يستغنى عنه ما يعمله.

فأما ما يستغنى عنه، فالذى عليه جمهور أصحابنا: أنه لا يضمنه الصانع. وقد روى في العتبية أصبغ عن أشهب في الثوب يدفع إلى الصانع في منديل: إن كان الثوب رفيعا يحتاج إلى وقاية، ضمنه الصانع، وإن كان لا يحتاج إليها، لم يضمنه.

قال في الواضحة: إنه لا يضمن منديل الثوب إذا ضاع، وقد ضاع ملفوفاً به، أو قد زايله، إذ لا ضرورة بالثوب إليه؛ ولا يضمن الفران ما ضاع من صحاف الخبز فارغة، ولو ضاعت بما فيها لضمنها مع الخبز؛ إذ لا غنى بالخبز عنها، وإنما يكون الخلاف بين أشهب وابن حبيب في صفة الحاجة، لا في مراعاة الحاجة، فعند أشهب أن ضمانه ما يحتاج إلى صيانة عن الحاجة المؤثرة في الضمان، وليس ذلك عند ابن حبيب بمؤثر، وإنما الحاجة المؤثرة أن لا يستغنى عنه.

مسألة: ومن أتى بخفين إلى خراز يصلح أحدهما، فضاء، ففي العتبية عن أصبغ: لا يضمن إلا الذى فيه العمل.

ووجه ذلك أنه لا تعلق لعمله به كالظرف الذى يستغنى عنه.

مسألة: وأما ما تدعو الحاجة إليه من الظروف، فقد قال أشهب وابن حبيب فيه ما تقدم ذكره.

وفى كتاب ابن المواز: إذا ضاع القمح بقفته عند الطحان، أو ضاع عند الفران لوح الخباز أو قصعته، أو ضاع عند الصقيل غمد السيف أو عند الخياط منديل الثوب، لم يضمن شيئاً من ذلك، ويضمن المثال ليعمل عليه.

وروى ابن القاسم في العتبية عن مالك، ضمان المثال. وقد روى سحنون: لا يضمن الوراق الأم التى يكتب منها، وهذا يقتضى أنه لا يضمن المثال.

٤٧٠ ..... كتاب الأقضية

وجه قول ابن المواز فى نفى ضمان الظرف وإثباته فى المثال أن الظروف لا يتعلق عمله بها، فلم يضمها، والمثال عمله متعلق به، قال مالك: لا غنى به عنه.

ووجه قول سحنون أنه لا يعمل فيه، وإنما يعمل فى غيره، فكان المثال كالظروف.

فصل: فهذا حكم الصناع، وأما الأجراء، فهم على ضربين، أجراء للصناع، وأجراء للحفظ والرعاية.

فأما أجراء الصناع، فالذى روى ابن المواز عن ابن القاسم: أن أجير القصار لا يضمن، والقصار ضامن لما أفسده أجيره.

قال ابن حبيب: ولا يضمن الأجير للقصار والصباغ شيئاً، وهذا فى الأجير المتصرف بين يدى القصار بحسب اختياره، وليس بجائر لما يعمل.

فأما إن كان يتصرف فى العمل باختيار نفسه، ويحوز ما يعمل فيه، فقد قال فى العتبية والموازية عن أصبغ عن أشهب: إن كثر على الغسال الثياب، فأجر أجراء فبعثهم إلى البحر بالثياب، فيدعون تلفها، أنهم ضامنون، وكذلك أجراء الخياط يتصرفون فى الثياب، فتتلف، فهم ضامنون.

وقال ابن ميسرة: وذلك إذا أجرهم على عمل أثواب مقاطعة، فهذا معنى ما قدمناه، لأنه إذا قوطع على عملها، فقد صار له حكم الصناع. وأما إذا كان يعمل مياومة أو مشاهرة، فحكمه حكم الأجراء.

مسألة: وأما الأجراء للحفظ، فعلى قسمين، قسم لهم تعلق بالعمل، وقسم لا تعلق لهم بالعمل.

فأما من له تعلق بالعمل، فكصاحب الحمام يوضع عنده ثياب الناس، فقد قال مالك فى العتبية من سماع ابن القاسم عنه: فقد أمرت صاحب السوق أن يضمن أصحاب الحمامات ثياب الناس، فيضمنونها أو يأتون بمن يحرسها.

قال الشيخ أبو محمد فى نوارده بأثر هذه المسألة: وقد قال أيضاً فى كتاب آخر: لا يضمنون، وهذا الذى أشار إليه الشيخ أبو محمد قد أشار إليه غيره من شيوخنا، ولا أعلم أنهم يشيرون إلا إلى ما فى المدونة فى كتاب الجعل والإجارة من قول مالك: لا ضمان على من يجلس لحفظ ثياب من يدخل الحمام ما ضاع منها؛ لأنه بمنزلة الأجير.

وهذا الذى أشاروا إليه ليس عندى مما نحن فيه بسبيل؛ لأن أجراء الصناع لا

يضمنون، وإنما يضمن الصانع، أو من هو فى حكم الصانع، وصاحب الحمام ليس بأجير محض الإجارة، بل المقصود منه العمل والصناعة من التنظيف والغتسال، فيضمن ما لا يستغنى عنه من عمله فيه من ثيابه على قول من يرى على الصانع ضمان ما لا يستغنى عنه ما استعمل فيه، ولا يضمن على قول من لا يرى عليه ضماناً فى ذلك، أو يكون أجيراً له تعلق بالعمل، فيكون كالحمال يستأجر على الحمل، فيضمن ما جرت العادة بتسرعه إليه كالطعام ونحوه؛ لأنه مما جرت عادة الحمالين بالخيانة فيه، والتسرع إليه.

وكذلك صاحب الحمام، وهو المالك لأمره، والمستعمل له بالعمل يجب أن يضمن ما جرت العادة بخيائته فيه والتسرع إليه، وهى ثياب الناس والله أعلم، ومغيبه عن ثيابه إلى داخل الحمام، مغيب يوجب الضمان على من يلزمه ذلك بمغيب صاحب الثياب.

وقد قال ابن حبيب فى الواضحة، فى الطحان يطحن القمح بمحضرة صاحبه: لا يضمن ظرفاً ولا قمحاً إلا أن يخرج الناس عن الرضى للزحمة، فيضمن القمح وظرفه، وكذلك الفران، فجعل الخروج عن الرضى والفرن مغيباً يوجب الضمان على الحافظ الذى له تعلق بالعمل.

مسألة: وأما الحافظ الذى لا تعلق له بالعمل، فالمشهور من المذهب أن لا ضمان عليه فى النوم والغفلة، وإنما الضمان عليه فى التعدى، وقد قال مالك فى المستأجر 'يحرس بيتاً أو خيلاً أو غنماً فينام، فيسرق ما فى البيت أو يذهب بالخيول أو الغنم: لا ضمان عليه، وله أجره كاملاً.

قال ابن القاسم: لا يضمن الأجير إلا ما ضيع أو فرط. وقال ابن المواز: لا يضمن جميع الحراس، إلا بالتعدى كان مما يغاب عليه أو غيره من طعام أو غيره.

ووجه ذلك أنه مؤتمن لا تعلق له بالعمل، فلم يكن عليه ضمان كالمودع. وقد روى ابن حبيب عن ابن المسيب: أن الراعى الخاص لا يضمن، والمشارك يضمن. قال ابن حبيب: ومن أخذ به، فهو حسن، فحمل هذا على ظاهره. وقال ابن وهب: معنى المشترك هاهنا أن يأخذ ما لا يقوى عليه.

مسألة: وأما الأجير على البيع أو الشراء، فالذى نص عليه أصحابنا أنه لا ضمان عليه. قال ابن المواز: لا ضمان عليه إن ضاع المبيع أو ضاع ثمنه.

ووجه ذلك ما تقدم من أنه مستحفظ لا تعلق له بالعمل، فلم يضمن ما ضاع من غير تعد كالمودع.

٤٧٢ ..... كتاب الأفضية

فرع: فإذا ضمن بالتضييع، فقد قال ابن القاسم: من التضييع أن يترك ما وكل به، ويذهب إلى غيره، فليس النوم والغفلة من التضييع.

ووجه ذلك أنه لا بد لكل أحد منه، ولا يمكن الاحتراز منه. فأما من ترك حفظ ما وكل يحفظه والاستعمال لغيره، فمما يمكن الاحتراز منه، ولا يمكن الحفظ معه.

فرع: وأما الحارس الذى لا تعلق لحراسته بعمله، فله الأجر كاملاً، وإن ضاع ما استحفظ. وأما حامل المتاع أو الطعام يهلك فى الطريق بفعله، فلا أجر له حتى يبلغه، وكذلك ما يعطب فى السفر؛ لأنه من سبب السفينة يهلك. وأما المستأجر للبيع أو الشراء يتلف السلعة أو يتلف ثمنها، أنه لا أجرة له، قاله ابن المواز؛ لأنه هذا من باب الجعل، فلا جعل له إلا يتمم العمل، وهو أن يوصل إليه ما ابتاع له أو ثمن ما باع له.

وفى العتبية لابن القاسم عن مالك فيمن بعث معه بخادم يبلغها بجعل، فنام فى الطريق، فذهبت: أن له من الأجر حساب ما بلغ، ولا ضمان عليه. قال الشيخ أبو محمد: يريد أنها إجارة ليست بجعل. وقد قال ابن القاسم عن مالك: إن ماتت الجارية فى الطريق، فله الأجرة كاملة، وعليه أن يتم له بقية سفره.

ووجه ذلك أن ما كان من هذا على وجه الجعل، فلا أجر له إلا بتمامه، وما كان على وجه الإجارة، فهاهنا يختلف قول مالك، فمرة فسخ الإجارة بفوات العين، وجعل له من الأجر بحساب ما عمل، ومرة أبقاها وجعل له الأجر كاملاً والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من استؤجر ليخبر بعمله، فعلى ضربين، أحدهما: أن يكون له مع ذلك عمل، أو لا يكون له عمل. فأما الذى له مع عمله عمل، فكالوكيل يخطئ الطريق، فقد قال أشهب عن مالك: إن كان عالماً بذلك، فلا شيء عليه والكراء له، وأما الجاهل به، فلا شيء له، وقال أشهب: لا شيء لهما.

قال ابن حبيب: إذا بلغهم البصير بالدلالة، وقد أخطأ، فله الأجر كاملاً، وإن لم يبلغهم، فله من الأجر بقدر ما بلغهم إلى أن يستغنى عنه لما ظهر لهم من خطئه، وإن غرهم، وهو جاهل، فلا شيء له، وعليه الأدب.

مسألة: ومن قال لخياط: إن كسانى هذا الثوب اشتريته، فقال: يكسوك، فلم يكس، ففى العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك: الشراء له لازم، ولا ضمان على الخياط، وله الأجر كاملاً، إن كان بصيراً. واختلف قول مالك فى تخمينه إذا غر بجعله، فقال: يضمن، وقال: لا يضمن، ولا أجر له.

وقال ابن دينار المدنى فيمن استأجر من ينقد مالا فوجد فيه ردئيا، إن كان بصيرا، وهذا الردىء، مما يختلف فيه، لم يضمن، وإن كان مما لا يختلف فيه لبيان فساد، فهو ضامن؛ لأنه قصر فيما كان يدركه لو اجتهد، فلو كان جاهلا غر من نفسه، فإن كان الردىء بينا، لا يختلف فى مثله ضمن، وعوقب، وإن كان مما يختلف فى مثله لم يضمن، وإن لكل واحد منهما أجرته.

فصل: وقوله: «لا غرم على اللابس»، ويقوم الغسال» هو قول مالك فى الموطأ، وهو المشهور عنه، وكذلك روى ابن المواز عن ابن القاسم عنه. وقال أشهب عنه فى الموازية: وذلك إذا لبسه أياما، إلا أن يكون أبلاه.

وقال أشهب فى النوادر: وإن دفع الصباغ ثوب هذا إلى هذا، وثوب هذا إلى هذا، فإن لبسهما حتى خلعا، ضمن كل واحد قيمة الثوب الذى لبس، وإن لم يخلعا، غرم كل واحد ما نقص الثوب الذى لبس، ولا شىء على الغسال. وقال أبو حنيفة والشافعى: صاحب الثوب يخير بين أن يغرم اللابس أو الغسال، فإن أغرم اللابس لم يرجع على الغسال بشىء، وإن أغرم الغسال رجع على اللابس.

ووجه قول مالك ما احتج به على الغسال من أن اللابس لا ضمان عليه؛ لأن من عليه ضمانه إن تلف، سلطه على لبسه؛ لأنه إنما صبغه ليلبسه، فإذا رده إليه على أنه ثوبه، فقد سلطه على لبسه، والثوب يتغير بالعمل، فلم يميزه صاحبه، فالضمان عليه، ولو لزمه ضمانه للحق الناس المشقة والامتناع من لبس ثيابهم.

ووجه قول أشهب أنه أكثر ما فى حال اللابس أنه مخطئ بإتلاف مال غيره، فعليه الضمان، والإتلاف إنما وجد من اللابس، فوجب أن يبدأ بالضمان، فلو تعذر وجوده أو أفلس لكان لصاحب الثوب أن يرجع على الغسال؛ لأنه سبب إتلاف ثوبه بدفعه إلى من أتلفه، وتعذر الاستيقاء من جهته.

فروع: إذا قلنا لا يضمن اللابس ما أتلف، فقد روى عيسى عن ابن القاسم: إن كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين، وقيمة الآخر دينارا، نظر كم ينقص ثوبه عن الثانى، أن لو لبس فى تلك المدة، فإن كان ينقص نصف دينار، وقد نقص من الملبوس دينار، كان على اللابس الذى لم يلبس ثوبه نصف دينار، ونصف آخر على الغسال، وإن كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار، فليس على اللابس إلا ذلك الأقل، ولا شىء على الغسال.

ولو كانت قيمة الملبوس ديناراً، وقيمة الذى لم يلبس دينارين، وكان ثوب اللابس لو لبسه ذلك نقص نصف دينار، وقد نقص الملبوس ربع دينار، غرم اللابس ربع دينار إلى ما فوق ذلك من القيمة ما لم يجاوز نصف دينار، فلا يغرم أكثر منه.

ولو لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه، وهو لا يعلم، فقد قال سحنون: يرجع من له فضل على الغسال.

وحكاة ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون، فرجع هذا التفسير إلى أن اللابس إنما عليه بقدر ما كان عليه يتلف لباسه من ثوبه؛ لأنه على ذلك لبس هذا الثوب، فيقال له: هبك أنك لبست ثوبك عليك عوض ما كان ينقصه لبسك؛ لأنه باق يسلم إليك، ولا يمكن تمييزه من ثوبك، فعليك ذلك المقدار، وما زاد على ذلك، فعلى الغسال؛ لأنه هو الذى أتلفه، فيكون معنى قول مالك فى الموطأ على هذا التفسير أنه لا ضمان عليه فيما أتلف من مال صاحب الثوب الذى لبس، وأما قدر ما كان يتلفه من ثوبه لو لبسه، فليس بمعنى الغرم الذى وقع التنازع فيه، وإنما هو بمعنى المعاوضة لما بقى من ثوبه لم يذهب بلبسه، والله أعلم وأحكم، ومعناه على رواية أشهب أنه فى اليسير دون الكثير، والله أعلم.

مسألة: وهذا إذا لبسه من دفع إليه، فأما لو قطعه، فإن لى أن آخذ ثوبى، وأضمنه القصار دون الذى قطعه، أو نقصه القطع، أو الخياطة، لم يكن لى أن آخذ ثوبى، وما نقصه القطع، قاله ابن القاسم فى المدونة.

وقال غيره: إذا نقصته الخياطة، فإن شاء أخذه، ولا غرم عليه للخياطة، وإن شاء تركه وضمن القصار.

ووجه ذلك أنه لو لم يأخذ الثوب ممن قطعه يجبر، وهو غير متعد، فلذلك لم يضمن ما نقصته الخياطة، والغاصب يرد ما قطع، وما ينقص القطع؛ لأنه متعد ومن وجد بثوب عيباً بعد أن قطعه رده وما نقصه القطع؛ لأنه لا يجبر على رده، بل له إمساكه وأخذ ما نقصه العيب.

فرع: وإن كان الذى أخذه قد قطعه وخاطه، فإن لصاحب الثوب أن يضمن القصار ثوبه غير مقصور أو يأخذه، ويغرم خياطته، ويعطى القصار أجره، ولا يرجع عليه بأجر الخياطة، قاله ابن القاسم فى الموازية.

وفى المدونة فى بعض الروايات عن ابن القاسم: إن أبى صاحب الثوب أن يدفع



كتاب الأقضية ..... ٤٧٥

أجرة الخياطة، فللذى خاطه أن يعطيه قيمته صحيحاً أو يدفعه إليه مخيطةً، فإن دفعه إليه، فهو بالخيار بين أن يأخذه أو يضمن القصار قيمته.

وقال سحنون: إذا أبى صاحب الثوب من دفع أجرة الخياطة، فليس له إلا أن يضمن القصار، فإن ضمنه، قيل للقصار: ادفع أجرة الخياطة للذى خاطه وخذه، فإن أبى، قيل للآخر: ادفع إليه قيمة الثوب، فإن أبى، كانا شريكين، هذا بقيمة الثوب، وهذا بقيمة الخياطة.

فصل: وقوله: «فإن لبسه، وهو يعرف أنه ليس ثوبه، فهو ضامن» يريد أنه يضمن ما نقصه لبسه، قل ذلك أو كثر، قاله عيسى عن ابن القاسم. قال: ولا شيء على الغسال، إلا أن يعدم اللابس، فيغرم الغسال، ويتبعه به فى ذمته، ولو لبس كل واحد منهما الثوب الذى إليه عالمين، واختلفت قيمة اللبس، ورجع من له فضل على صاحبه، فإن استوت لم يرجع أحدهما على صاحبه.

مسألة: ومن اشترى من رجل شيئاً، وشرط عليه فيه عملاً، ففى العتبية لعيسى عن ابن القاسم، أن كل ما يعرف صفة خروجه بعد العمل، فلا بأس أن تعمل، والقمح على أن يطحن.

وقد فرض مالك القمح فى بعض قوله، وأجازه ابن القاسم، وأجاز النحاس على أن يعلمه توراً، وقيل لسحنون قد أجاز ابن القاسم وأشهب ما ذكرنا من شراء الثوب على أن يعمل قميصاً، والظاهرة على أن يعملها جبة، والحديد على أن يعمله قدرًا، أو عودًا ينحته سرجًا، وهو بيع وإجارة، وقد جرى فى مسائل مالك فى الغزل على أن ينسجه، والزيتون على أن يعصره، أنه كرهه.

قال: إنما خففه مالك فى الطحين وخياطة الثوب، لأن خروج ذلك معروف، وقد عمره أيضًا مالك فى الغزل على أن ينسجه، والزيتون على عصره إلا ما ذكرنا أنه خففه، وكل بيع مع إجارة فى الشيء المبيع، فإنه منع منه، وإن كانت فى غيره، فإجارة وكل بيع وشركة داخلية فى المبيع فأجزها، وإن خرجت عنه، فلا تجزها، فتحصل من هذا أن ما يجهل صفة الخارج منه أنه لا يجوز قولاً واحداً، وفيما تعرف صفة الخارج منه القولان المنع والإجارة المعروفة.

وجه الإجارة بصفته كما لو كان العمل فى غيره. ووجه المنع أنه مبيع معين لا يقبض إلى مدة طويلة يخاف ضياعه فيها، فلم يجز ذلك فيه.

٤٧٦ ..... كتاب الأقضية

فرع: إذا قلنا بالجواز، فتلف الثوب بيد الخياط، فقد قال سحنون: لا يضمن الخياط، ويحط عن المشتري من الثمن بقدر خياطة الثوب وطحن القمح، إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصنعة، فيضمن كالصانع.

ووجه ذلك أنه إذا كان هو الصانع، فقد خرج عن ضمان البائع إلى ضمان الصانع، وإذا لم يكن هو الصانع، فكأنه اشتراه منه على أن يدفعه إلى صانع غيره، وكان يجب على هذا أن من يعمل الأعمال، والتزم إتمام الصناعات فيما دون أن يتولى عملها، وإنما يدفعها إلى الصانع، وقد علم ذلك منه؛ لأنه ليس من أهل العمل، ولا معروفًا بتناوله، فإنه لا ضمان عليه، وهذا الذي باع الثوب على أن يدفعه إلى الخياط قد التزم خياطته بأجرة، وهي من جملة الثمن الذي أخذه.

وقد قال ابن حبيب: من قال للخياط: إذا خطته، فادفعه إلى غسال، فزعم أنه ضاع قبل أن يتم خياطته، أو بعد تمامها قبل أن يدفعه إلى الغسال، فهو ضامن، وإذا قال: ضاع عند الغسال صدق كما يصدق في قوله رددته، على قول ابن الماجشون.

قال: ويضمنه الغسال إن أقر بقبضه، ويحییء على هذا التعليل أن لا يصدق على قول ابن القاسم؛ لأنه لا يصدق عنده في قوله: رددته إليك، كان يجب أيضًا على قول ابن الماجشون أن لا يصدق في قوله: رددته إليك، ولا يصدق في قوله: دفعته إلى الصانع إذا أكذبه الصانع.

وعلى أن مسألة ابن حبيب هذه إن كان التزم الخياط الغسل في ذمته بأجرة أخذها مع أجرة خياطته، فهي تشبه مسألة سحنون.

وإن كان إنما ناب في تسليمه إلى الغسال عن المشتري، إما بأن وكله على استئجار الغسال على ذلك، وإما بأن استأجر هو الغسال، وأذن للخياط في تسليمه إليه، فحكمه في الوجه الأول حكم الوكيل، وحكمه في الوجه الآخر حكم من يدفع إلى الوكيل، وكان الأظهر من مسألة سحنون أن يضمن؛ لأن كل من أخذ ثوبًا على أن يعمل فيه عملاً، لزمه ذلك في ذمته أو في عمله بيده، فهو من جملة الصانع، وهم يتساوون في وجوب الضمان، والله أعلم وأحكم.

\* \* \*

### القضاء في الحماله والحول

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الرَّجُلِ يُحِيلُ الرَّجُلَ عَلَى الرَّجُلِ

بِدَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ، أَنَّهُ إِنْ أَفْلَسَ الَّذِي أُحِيلَ عَلَيْهِ أَوْ مَاتَ، فَلَمْ يَدَعْ وَفَاءً، فَلَيْسَ لِلْمُحْتَالِ عَلَى الَّذِي أَحَالَهُ شَيْءٌ، وَأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى صَاحِبِهِ الْأَوَّلِ<sup>(١)</sup>.

قَالَ مَالِكٌ: وَهَذَا الْأَمْرُ الَّذِي لَا اخْتِلَافَ فِيهِ عِنْدَنَا.

الشرح: وهذا على ما قال أن عقد الحوالة عقد لازم يقتضى إبراء ذمة المحيل من دين المحال، فما طرأ بعد ذلك على ذمة المحال عليه من تلف بموته أو تشعب بفلسه، فلا رجوع للمحال بذلك على المحيل؛ لأنه عيب طرأ على ما قد صار إليه حال سلامته ورضى به، فلا انتقال له عنه بما يحدث فيه بعد العقد، ولو كان العدم موجوداً قبل الحوالة فإن لم يعلم به المحيل، فلا رجوع عليه، وإن كان قد علم به وكنمه وغر منه، فالرجوع عليه، وقد تقدم فى البيوع بما يغنى عن إعادته، وبالله التوفيق.

قَالَ مَالِكٌ: فَأَمَّا الرَّجُلُ يَتَحَمَّلُ لَهُ الرَّجُلُ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ، ثُمَّ يَهْلِكُ الْمُتَحَمِّلُ أَوْ يُفْلِسُ، فَإِنَّ الَّذِي تَحَمَّلَ لَهُ يَرْجِعُ عَلَى غَرِيمِهِ الْأَوَّلِ<sup>(٢)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال أن من تحمل لرجل بمال له على رجل آخر، فإنه لا ينتقل حقه من ذمة المتحمل عنه إلى ذمة المتحمل، وإنما الحميل وثيقة من حقه على من هو عليه، فإن أفلس المحيل أو مات لم يبطل حقه، بل هو ثابت على حسب ما كان على غريمه، وإنما الحماله معناها أن يلزم المتحمل إحضار ما تحمل به، وهى الكفالة والزعامة والضمنان.

قال الضاضى أبو محمد: كل ذلك بمعنى واحد. وقال فى المدونة: إذا قال: أنا لك ضامن، أو كفيل، أو حميل، أو زعيم، أو هو لك عندى، أو على، أو قبلى، فهو كله ضمان لازم فى الحق والوجه.

قال: والأصل فى جوازها قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٣] وهذا إن استدل به على ثبوت هذا الاسم لها من جهة اللغة، فبين، وأما إن استدل به على ثبوت حكمها على ما ذكره القاضى أبو محمد، فإنما هو على رأى من يقول: إن شرع من قبلنا شرع لنا إلا ما خصه الدليل، وهو المشهور من مذهب مالك، والله أعلم.

(١) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار برقم ١٤٤١.

(٢) ذكره ابن عبد البر فى الاستذكار ٢٧٣/٢٢.

٤٧٨ ..... كتاب الأقضية

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن الحملالة على وجهين، حمالة بالوجه، وحمالة بالمال، فأما الحملالة بالوجه، فهي جائزة خلافاً للشافعي في منعه من ذلك.

والدليل على ما نقوله أن المقصود منها المال؛ لأنه حميل بوجه الغريم ليطالب بالمال، فنقول إنه يتوصل بها إلى المطالبة بالمال، فصح تعلقها بالوجه كالشهادة.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فالحملالة بالوجه على وجهين، أحدهما: الحملالة بالوجه على الإطلاق، فإن جاء الكفيل بالمتكفل به برئ. ووجه ذلك أنه قد وفاه ما تحمل له من إحضار وجهه.

مسألة: وهذا إذا لم يعين لمجيئه به وقتاً، فمتى جاءه برئ، وإن ضرب لمجيئه به أجلاً، فجاءه به عند الأجل برئ، قاله مالك في المدونة، لأنه قد أتى به على ما شرط، فوجب أن يبرأ، ولو تحمل بوجهه على أن يحضره بعد شهر، فأحضره من الغد، فإنه لا يبرأ حتى يأتي به عند الأجل، رواه أبو زيد في العتبية عن ابن القاسم.

ووجه هذا ذلك أنه شرط إحضاره في وقت معين، فلا يبرأ بحضوره قبله. أصل ذلك حضوره يوم الحملالة.

مسألة: ومن شرط صحة الإحضار أن يحضره الحميل أو وكيله على ذلك، فإن أحضره أجنبي، وسلمه إلى الطالب لم يبرأ بذلك الحميل.

وكذلك لو أتى الغريم الطالب وأشهد أنه قد أسلم نفسه إليه عن الحميل، لم يبرأ الحميل بذلك، قاله في المدونة، زاد في كتاب ابن المواز: إلا أن يأمره الحميل بذلك، فيكون ذلك كدفع الحميل؛ لأنه قد وكله على النيابة عنه في ذلك، فإذا أشهد بذلك، لزم الطالب وإن أباه.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندي إذا لم ير الطالب قبوله إلا بتسليم الحميل؛ لأنه حق قد لزم الحميل، فللطالب أن لا يقبله من غيره، وله أن يقبله، فيبرأ الحميل كما لو كان عليه دين، فدفعه عنه أجنبي، فإن للطالب أن لا يقبله من غيره، وله أن يقبله الحميل كما لو كان عليه دين، فدفعه عنه أجنبي، فإن للطالب أن لا يقبله من الأجنبي إلا بتوكيل الغريم، وله أن يقبله، فيبرأ بذلك الغريم.

فرع: وهذا على إطلاق الحملالة، ولو شرط الحميل على الطالب إذا لقيت غريمك، فتلك براءة، فقد روى حصين بن عاصم وابن القاسم في العتبية أنه إن لقيه بموضع

يقدر عليه، فقد برئ، وله شرطه، ولو لقيه بموضع لا يقدر عليه لم يبرأ الحميل.

مسألة: من شرط صحة الإحضار أن يحضره، ويسلمه إليه حيث تنفذ الأحكام عليه، وإن كان بغير بلده. وأما إن دفعه إليه بحيث لا يستطيع حبسه أو لا سلطان فيه ولا حاكم، أو حال فتنه أو مفازة، أو موضع يقدر الغريم على الامتناع منه، فإنه لا يبرأ بذلك، قاله كله في المدونة. قال في كتاب محمد: ولو أسلمه إليه، وهو محبوس في دم أو دين أو غيره، فقد برئ ويكفيه أن يقول: قد برئت إليك منه، وهو في السجن فشأنك به.

ووجه ذلك أنه إنما تكون البراءة بتسليم متمكن به من طلب حقه، وأما بتسليم لا يتمكن به من طلب حقه واستيفائه منه، فليس هو الذى شرط عليه، ولا يتوصل به إلى الغرض من الحماله، فلا يبرأ به الحميل، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولو مات الغريم لسقطت الحماله عن الحميل؛ لأنه إنما حمل للطالب بإحضار نفسه، وذلك يقتضى أن تكون موجودة، ونفسه قد ذهبت لموته، وعدم بذلك شرط التمكن من إحضارها.

فرع: وهذا إن مات ببلده قبل أن يلزم الحميل إحضاره أو بعده، رواه عيسى عن ابن القاسم، وقال: لأنه وإن كان حان الأجل فلم يطلب به، فلا شيء عليه.

وإن مات بغير البلد، فقد قال أشهب: لا أبالى مات غائباً أو فى البلد. قال الشيخ أبو محمد: يريد لا يغرم الحميل. وقال ابن القاسم فى العتبية والموازية: يغرم فى موت الغائب إن كان الدين حالاً، قربت الغيبة أو بعدت، فإن كان الدين مؤجلاً فمات قبله بمدة طويلة لو خرج إليه لجاء به قبل الأجل، فلا شيء عليه.

وإن كان على مسافة لا يمكنه أن يجيء به إلا بعد الأجل، فهو ضامن، وإنما يلزمه ضمان المال بمغيب الغريم؛ لأنه لا ضمان له يتسبب إلى استيفاء ماله، فلما لم يف بذلك لزمه المقصود الذى اتفق عليه بما تعذر من إحضاره، وهو المال.

مسألة: وإذا حان الأجل، فطلب الحميل بالغرم، وقد غاب فسأل أن يؤجل الثانى، ففى العتبية من رواية يحيى عن ابن القاسم: إن كان قريب الغيبة. قال فى المدونة: اليوم ونحوه مما لا مضرة فيه على الطالب، فله ذلك، وإن كان بعيد الغيبة، فليس له ذلك، وليغرم مكانه.

#### ٤٨٠ ..... كتاب الأقضية

وقال ابن وهب فى الموازية: إذا غاب الغريم، قضى على الحميل بالغرم، ولا يضرب له أجل ليطلبه، ويحتمل أن يريد ابن وهب منع التأجيل البعيد الغيبة، ولا يمنع التأجيل الخفيفى القريب الغيبة.

ووجه ذلك أن فى الغيبة البعيدة إن ضرب له أجل قريب، لم يتنفع به فى الظاهر، وإن ضرب له أجل بعيد دخلت مضرة على الطالب، وفى الغيبة القريبة يضرب له الأجل القريب؛ رجاء أن يحضره فى مدة لا مضرة فيها على الطالب، فيسراً الحميل، ولا يستضر الطالب.

مسألة: ولو كان للغريم مال حاضر، فسأل الحميل أن يباع له، ففى سماع يحيى من العتبية، وهو فى الموازية عن غيره: وإن كان على مسيرة عشرة أيام بيع ماله عليه وأما علي يومين، فلا، وليكاتب حتى يبعث أو يئأس منه، فيباع عليه، ولا يؤخر حميل المال، وهو كالغريم نفسه.

وقال مالك فى المدونة: يباع له الرباع وغيرها، وذلك أن قول مالك اختلف فى الحكم على الغائب فى الرباع. وقد روى يحيى بن يحيى فى عشرته عن ابن القاسم: إنما اختلف قوله فى الحكم فيها. وأما بيعها فى الدين، فقوله: إنها تباع فى الدين ووفائه مخالفة: فى الغيبة للرواية يحيى فى عشرته ومتضمنه أن الخلاف فى بيعها فى الدين.

مسألة: ولو غاب الغريم، فتلوم على الحميل، ثم قضى عليه بالغرم ثم حضر الغريم، ففى المدونة عن ابن القاسم: قد مضى عليه الحكم ولزمه المال، ولو قامت البينة بعد الغرم، أن الغريم كان ميتاً قبل الحكم عليه لارتجع ماله.

ووجه ذلك ما قدمناه أنه بموت الغريم يبرأ من الحمالة، فإذا ظهر بالبينة أنه كان ميتاً يوم الحكم عليه، فقد تبين أنه حكم عليه بما لا يلزمه، فلذلك وجب له الرجوع فيه. وفى الموازية فى الحميل بالمال، أن الطالب إذا حكم له على الحميل بحقه، وبما عجز عنه الغريم ثم أيسر الغريم رجوع على من شاء منهما.

فصل: وأما الضرب الثانى من حمالة الوجه، وهى الحمالة التى يشترط فيها أن لا شىء عليه من المال، ففى كتاب ابن المواز عن مالك: أن شرط حمالة الوجه ليست من المال فى شىء. قال محمد: أو يقول: لا أضمن لك إلا الوجه، فهذا لا يضمن إلا الوجه غاب الغريم، أو حضر، أو مات، أو أفلس، ليس عليه إلا إحضاره، وفائدة هذه الحمالة يضمن الإحضار خاصة، وأن يكفيه مؤنة طلبه ويؤمنه من مغيبه.

فإذا قيد الحمالة بأنه لا تتعلق حمالته بالمال، لم يلزمه غير ما التزم من الإحضار، وجازت هذه الحمالة لتعلقها في الجملة بالمال المتعلق بالذمة، ولولا أن المقصود منها طلب الذمة لما جازت هذه الحمالة؛ لأن الأعيان لا يصح تعلق الضمان بها كمن ضمن لرجل دابة معينة يحضرها أو عبدًا يحضره له أو ضمن من وجب عليه حد أو تعزير؛ لأن الضمان لا تعلق له بالذمة ولا مال، إن طلبها، ولذلك لم تصح، والله أعلم وأحكم.

مسألة: فإن أحضر الحميل بالوجه على شرط الغرم برئ، وإن جاء الأجل، فلم يحضره، فلا شيء عليه إلا إحضاره لا يكلف غيره مال ولا غيره. وروى حسين بن عاصم في العتبية عن ابن القاسم: إن أجل في طلبه آجالاً كثيرة، فقد قال مالك: لا شيء عليه غير طلبه، وإن طال ذلك، فعلى ما شرط.

فرع: وإن قال له الطالب هو بموضع كذا، فاخرج إليه، فقد روى حسين بن عاصم عن ابن القاسم: إن كان مثله يقدر على المسير إليه، أمر بذلك، وإن ضعف عنه، لم يكلفه.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن جهل مكانه، فليس عليه طلبه، ولا الغرم عنه، وإن عرف مكانه، لزمه الخروج إليه فيما قرب أو بعد على مسيرة الأيام التي تكون من أسفار الناس، فيخرج أو يرسل إليه أو يغرم، إلا في البعيد المتفاحش.

وجه القول الأول مراعاة حال الحميل فيما يقدر عليه من الأسفار أو يضعف عنه؛ لأنه إنما دخل على ما يطيقه.

وجه القول الثاني مراعاة ما يتكلف من الأسفار غالباً؛ لأنه إن لم يقدر على مباشرة المسير إليه، استتاب غيره.

فرع: ولا يضمن المال إلا أن يلقاه، فتركه أو يغييه في بيته، فإن ثبت ذلك بينة، ضمن. وروى حسين بن ابن القاسم. قال أشهب: إذا لقيه، فتركه، ضمن.

وجه ذلك أنه يضمن إحضاره دون إحضار المال، وإن غاب عنه وتعدّر عليه إحضاره، فهو على شرطه، وإن ترك إحضاره مع القدرة عليه، فقد أتلّف على الرجل ماله حين تركه الحميل بما يضمن من إحضاره، ثم قصد إلى تركه أو يستتره في بيته، فكان عليه ضمان ما أتلّفه عليه.

فصل: وأما الحمالة بالمال، فمعناها التزام إيصال المال إلى من تحمل له به، ولا تبرأ

٤٨٢ ..... كتاب الأقضية

بذلك ذمة المتحمل عنه خلافاً لابن أبي ليلى فى قوله: إن ذلك يبرى ذمة المتحمل عنه. قال القاضى أبو محمد: لأنها وثيقة، فلم يبرأ بها من عليه الحق كالرهن.

مسألة: إذا ثبت ذلك، ففى الجمالة بالمال ستة أبواب، الباب الأول: فيما تصح به الجمالة، وتمييزها مما لا تصح به الجمالة. والباب الثانى: فيمن تصح الجمالة منه، وتمييزه ممن لا تصح الجمالة منه. والباب الثالث: فيمن تصح الجمالة عنه، وتمييزه ممن لا تصح الجمالة عنه. والباب الرابع: فيما للطالب من مطالبة الحميل. والباب الخامس: فى رفق الطالب بالحميل أو الغريم. والباب السادس: فى قضاء الحميل عن الغريم.

### الباب الأول: فيما تصح الجمالة به

الجمالة تصح فى المعلوم والمجهول خلافاً للشافعى فى منعها من المجهول. والدليل على ما نقوله أن هذه وثيقة بحق، فصحت فى المجهول كالشهادة بالوصية.

إذا ثبت ذلك، فقد قال مالك فى الموازية: من أوصى ولده أو غيرهم أن يضمّنوا عنه دينه، فذلك جائز، سمي الدين أو لم يسمه، والغرماء حضور أو غيب، فى الصحة أو فى المرض.

وفى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن مات، وعليه من الدين ما لا يدرى كم هو، وترك مالا من عين وعرض، لم يحصر، ولا يدرى كم هو، فتحمل بعض ورثته بدينه إلى أجل على أن يخلّى بينه وبين ماله، فإن كان فيه فضل بعد وفاء الدين كان بينه، وبين الورثة على فرائض الله تعالى، وإن كان نقصان، فعليه وحده، أن ذلك جائز، كان الذى تحمل به نقداً أو مؤجلاً لأنه ضمنه على وجه المعروف، ولو كان على أن له الفضل، وعليه النقص، لم يجوز؛ لأنه بيع فاسد.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن طرأ غريم لم يعلم به الوارث، لزمه أن يقضيه، ولا ينفعه قوله: لم أعلم به، قال ذلك مالك وابن القاسم.

ووجه ذلك أنه قد التزم أداء ديونه على العموم، ولم يخص ما يعلمه دون ما لا يعلمه، والتزام ذلك عن الميت أو المفلس جائز لازم، والتزام المجهول لازم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن قال: أنا ضامن لما قضى به لفلان على فلان، وهما غائبان أو حاضران، أو أحدهما غائب، أن ذلك يلزمه. قال ابن القاسم فى المدونة: لأن مالكا قال: من أوجب المعروف على نفسه، لزمه والكفالة معروف، فلزمت لزوم الدين.



كتاب الأقضية ..... ٤٨٣

مسألة: ومن قال لرجل: بائع فلاناً وأنا ضامن لما بعته به، لزمه ذلك، إذا ثبت ما باعه به، قاله ابن القاسم في المدونة. وقال غيره: إنما يلزمه من ذلك ما يشبه أن يعامل به المتحمل عنه، ولا يبعد أن يكون هذا مذهب ابن القاسم ويراعى فيه أيضاً حال المتحمل له.

قال القاضي أبو محمد: هذه المسألة مبنية على ثلاثة أصول، أحدها: أن ضمان المجهول جائز. والثاني: أن ضمان الحق قبل وجوبه جائز كقوله: ألق مالك في البحر، وعلى ضمانه. والثالث: أن إطلاق مثل هذا محمول على العرف والعادة.

ووجه ذلك أن من قال لبائع فاكهة، يريد مبيعة رجل بالدرهم والدرهمين: أنا ضامن لما بايعت به فلاناً، فعامله بثياب قرابية باعها منه أو يواقيت وجواهر، لها الثمن الكثير من آلاف الدينانير، لم يلزمه ذلك، لأنه يعلم أنه لم يرد هذه المعاملة، ولا ضمان هذا المقدار من الأثمان، وإنما أراد ما جرت به العادة في مثله من مبيعة مثله فيما يبتاعه على وجه التفكه الشيء بعد الشيء، والله أعلم وأحكم.

فرع: ولو رجع الحميل قبل أن يعامله المتحمل منه، ففي المدونة عن ابن القاسم: له ذلك بخلاف من قال لمن يخاصم أخاه: احلف على ما تدعيه قبل أخى، وأنا ضامن، ثم أراد الرجوع، فليس له ذلك.

والفرق بينهما أن الحميل لما لم يعامل به في المستقبل لم يتحمل شيئاً ماضياً ولا حقاً ثابتاً، وإنما وعد بالحمالة في المستقبل إذا وجد الدين، فله أن يرجع قبل أن يلزم الحمالة بوجود الدين، والذي قال له: احلف بما تدعيه، وأنا له ضامن يضمن أمراً قد تقدم وجوده، فكان للطالب أن يحقق وجوده في الماضي بيمينه في المستقبل، فلذلك لم يكن له الرجوع، لأنه قد تضمن ديناً ماضياً على صفة، وهي وجود اليمين المثبتة له، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن اشترى جارية، فتكفلت له بما أدركه فيها من درك، لزمه ضمان ذلك.

ووجه ذلك ما قدمناه من صحة الكفالة بالمجهول.

مسألة: ومن أعتق عبده على ألف درهم، جاز له أن يأخذ منه بها حميلاً، ولا تجوز الحمالة بكتابة المكاتب، وإن لم يتعجل العتق.

والفرق بينهما أنه إن عجل عتقه من مال، لزمه ذلك المال في ذمته، فلذلك صححت

٤٨٤ ..... كتاب الأفضية

الحمالة به، وما على المكاتب من غرم كتابته، فغير معلق بصفة ولا هو دين ثابت عليه؛ لأنه يسقط بالعجز عنه، فلذلك لا تصح الحماله.

مسألة: ولا يجوز أن يأخذ حميلاً لمعين اشتريته، قاله ابن القاسم في المدونة، قال: لأن مالكاً قال: لا يجوز أن يأخذ حميلاً بسلعة غائبة اشتريتها، بعيدة كانت أو قريبة، يجوز فيها النقد.

ووجه ذلك أن عين المعين لا يقدر الحميل على إحضارها، ولا تتعلق بذمته، ومعنى الحماله تعلق الحق المتحمل به بذمة الحميل، والأعيان لا تتعلق بالذمم، فلذلك لا يجوز التحمل بها.

مسألة: ولا تجوز الكفالة في الحدود ولا التعزير، قاله ابن القاسم في المدونة.

ووجه ذلك أنها متعلقة بمعينين، ولا تعلق لها بالذمم، فلا تصح الكفالة فيها، ومن استأجر أجيراً أو صانعاً معيناً، لم تصح فيه الكفالة؛ لأنه لا يصح أو يقوم غيره مقامه في العمل، وإنما يتعلق العمل بتلك العين دون غيرها من الأعيان والذمم، قاله ابن القاسم في المدونة، ولو كانت خدمة في الذمة مقدرة بزمان أو عمل لصحت الحماله بها.

مسألة: والحماله بالجعل حرام، قاله مالك في العتبية من رواية ابن القاسم عنه. ومعنى ذلك أن تعطى المتحمل جعلاً على حمالته، قال في العتبية: ويرد ما أخذ. قال في الموازية: فإن كان صاحب الحق عالماً بذلك سقطت الحماله، ورد الجعل، فإن لم يعلم بذلك، فالحمالة لازمة والجعل مردود. ومعنى ذلك أنه عقد يختص بالمعروف، فلم يصح فيه العوض كالقرض.

وقد قال أصبغ في الموازية: كل حمالة وقع حرامها بعقد بين الحميل والمطلوب بغير علم الطالب، فالحمالة له ثابتة، وإنما يفسدها علم الطالب. قال محمد: ويكون ذلك من سببه ومعاملته، فإذا لم يكن من سببه، ولا علم به في الحماله، فالحمالة ثابتة.

مسألة: وكل حمالة وقعت على حرام من المتبايعين في أول أمرهما أو بعده، ففي الموازية: لا يلزم الحميل علم المتبايعان حرام ذلك أو جهلاه، علمه الحميل أو جهله، وقد قاله أشهب في دافع دينار في دينارين إلى أجل وأخذ بهما حميلاً: الحماله ساقطة، وكذلك كل حمالة بأمر فاسد.

قال محمد: ومن معنى قول ابن القاسم وأصحاب مالك عن اتباع منهم لمالك، وقد

كتاب الأفضية ..... ٤٨٥

قال ابن القاسم فيمن دفع ديناراً في دينارين: أن الحماله في ذلك ساقطة، وكذلك في فسخ الدين في الدين.

وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية: إن لم يعمل الحميل بذلك فالحمالة ساقطة، وإن علم لزمته في الدينارين، وبطل الربا.

فوجه رواية ابن المواز عن ابن القاسم في إبطال ذلك أن الحماله إنما تعلقت بأحد عوضى عقد البيع، وذلك لا يكون إلا بعد صحة العقد، فإذا بطل العقد لفساده بطل العوض منه، ووجب أن تبطل الحماله لما بطل ما تعلقت به.

ووجه رواية عيسى أن الحميل إذا علم بذلك، فإنما تضمنت حمالته رد ما صار إلى المتحمل عنه إذا وجب عليه رده بالشرع، وإذا لم يعلم بذلك، فإنما التزم المتحمل العوض في عقد، وذلك يعدم في هذه المسألة للاتفاق على إبطال عقد البيع.

مسألة: ومن باع طعاماً من مبيع قبل قبضه، وأخذ به جميلاً، فقد روى أصبغ عن ابن القاسم وأشهب: أن الحماله ساقطة.

ووجه ذلك ما تقدم من أن ما تحمل به، لا ينفذ على حسب ما تحمل به، فبطلت الحماله.

مسألة: ومن أسلف سلفاً، فلا بأس أن يأخذ به جميلاً، قال مالك في الموازية، قال: وما أعلم أحداً كرهه إلا الحسن.

ووجه ذلك أنه وثيقة تجوز في البيع، فجازت في القرض كالشهادة.

مسألة: والحماله بما على الميت جائزة، وإن لم يترك وفاء، وبه قال الشافعى. وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك إذا لم يترك وفاء.

والدليل على ما نقوله ما روى سلمة بن الأكوع أن النبى ﷺ أتى بجنابة، فقال: «هل عليه من دين؟» قالوا: نعم، قال: هل ترك شيئاً؟ قالوا: لا، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: صل يا رسول الله، وعلى دينه، فصلى عليه<sup>(\*)</sup>.

ومن جهة المعنى أن كل دين صحت الحماله به مع اليسار، فإنها تصح به مع الإعسار كدين الحى.

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٢٩١. النسائى فى الصغرى حديث رقم ١٩٦١. أحمد فى

المسند حديث رقم ١٦٠٧٥، ١٦٠٩٢.

**الباب الثاني: فى ذكر ما تصح الحملالة منه، وتمييزه ممن لا تصح حملته**

الذى تصح حملته كل مالك لأمره لا حجر لأحد عليه، سواء كان يقدر على النطق أو كان أخرس، إذا فهم مراده. قال مالك فى المدونة: يجوز كفالته إذا فهم عنه. وأما من عليه حجر لحقه ولحق غيره، فإنه يعتبر أمره، فإن كان محجوراً عليه لحق نفسه كالصغير والسفيه والمولى عليه، لم يلزمه الحملالة.

وأما البكر التى لم تعنس، فهى كالصغير فى ذلك، وأما التى عنست وأونس رشدها فى بيت والدها، فى المدونة، أنه يجوز حملتها عند ابن القاسم، ووجدته فى كتاب عبدالرحمن عن مالك. وقال مالك: لا تجوز هبتها، وكذلك كفالتها؛ بضعها بيد أبيها.

ووجه ذلك أنه لما لم يسقط التعنيس ولاية الأب فى البضع، لم يسقط فى المال.

وجه القول الأول أن الولاية فى البضع لا تزول بالرشد، والولاية فى المال تزول بالرشد؛ لأنها تراد لحفظ المال، فإذا حفظ المال بالرشد زالت ولاية المال، وبقيت ولاية البضع؛ لأنها تراد لحفظ البضع مما يغيب، فمعناها باقية ما بقيت المرأة فيه، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما من كان محجوراً عليه لحق غيره كالعبد والمستغرق فى الدين والمريض والمرأة ذات الزوج، فإن العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد حملتهم بغير إذن السيد باطلة، وإن كان العبد مأذوناً له فى التجارة. وقال ابن الماجشون: تجوز حمالة العبد. وحكى ابن المواز القولين فى العبد.

وجه القول الأول، وهو قول مالك وجمهور أصحابه معنى يدخل فى ذمته نقصاً وعيباً، فلم يكن له ذلك بغير إذن سيده كالمداينة، وأيضاً فإنه وجه من المعروف، فلم يكن له بغير إذن سيده، وإن أذن له فى التجارة كهبة ماله.

مسألة: وتجوز حمالة العبد بإذن السيد، وإن لم يكن مأذوناً له فى التجارة إلا أن يستغرقه الدين، فلا يجوز وإن أذن له السيد.

ووجه ذلك كله أن الحجر إنما تعلق به لحق سيده، فإذا أذن له فى ذلك جازت له حملته، ولو كان عليه دين يفتقر ماله لم يجز ذلك؛ لأنه محجور عليه لحق الغرماء، فلا تصح حملته، أذن له السيد أم لم يأذن له.

وأما المكاتب، فقد قال ابن القاسم فى المدونة: إن أذن السيد للمكاتب والمدبر وأم

كتاب الأقضية ..... ٤٨٧

الولد في الحماله، جازت حمالتهم. قال غيره: لا يجوز معروف المكاتب؛ لأن ذلك داعية إلى رقه، وليس له ذلك ولا لسيده.

ووجه قول ابن القاسم أنه محجور عليه بحكم الرق، فجاز ما يفعله من ذلك بإذن السيد. أصل ذلك العبد القن.

ووجه قول الغير ما احتج به من أنه ليس له أن يرق نفسه، فوجب أن يكون ممنوعاً من كل ما يكون سبباً له.

مسألة: وهل للسيد إكراه العبد على الحماله، قال ابن القاسم في المدونة: ليس له ذلك. وقال ابن الماجشون في النوادر: له ذلك.

وجه قول ابن القاسم أن السيد ليس له إدخال نقص في ذمة عبده كما ليس له أن يثبت ذلك ديناً عليه.

ووجه قول ابن الماجشون أن له انتزاع ماله، وهو بمعنى ذمته، فكان له شغل ذمته على هذا الوجه.

مسألة: وأما المستغرق في الدين، ففي العتبية والموازية عن مالك: لا يجوز حماله من أحاط به الدين كصدقته وتفسخ؛ لأنها من المعروف.

ووجه ذلك أن من كان للغرماء رد عتقه، كان لهم رد كفالته وهبته كالمضروب على يديه.

مسألة: وأما المريض، ففي المدونة عن ابن القاسم يجوز كفالة المريض في ثلثه. وروى ابن المواز عن عبد الملك: إن كان المحمول به ملئاً، لزمته، وإن كان عديماً بطلت، ولم يكن في الثلث إذا لم يرد بهذه الوصية.

ووجه قول ابن القاسم أنه معروف يفعله المريض، فكان في ثلثه كهبته. ووجه قول عبد الملك ما احتج به.

مسألة: وأما كفالة ذات الزوج، ففي المدونة عن ابن القاسم: أن ذلك في ثلث ما لها، فإن زادت على الثلث في كفالتها، فللزوجة إبطال جميعها إلا أن يزيد على الثلث الدينار والشيء اليسير، فيمضى الثلث والزيادة. وقال المغيرة: إذا حازت المرأة الثلث، لم يبطل كالمرضى يوصى بأكثر من ثله.

مسألة: وإذا تكلفت المرأة بزوجه، ففي المدونة، قال مالك: عطية المرأة زوجها جميع مالها جائز عليها، وكذلك كفالتها عنه.

ومعنى ذلك أن كفالتها عنه بإذنه ورضاه، فإن لم يرض بذلك، فعلى مذهب ابن القاسم: تبطل إلا أن تكون بثلث مالها فأدنى، والله أعلم وأحكم.

### الباب الثالث: فيمن يصح الجمالة عنه وتسييزه ممن لا تصح عنه

وتحرير ذلك أنها تجوز عن كل مالك لأمره أو غير مالك لأمره فيما يلزم أدائه من ماله. وأما المولى عليه، فلا يخلو أن يكون تحمل عنه حميل بما تقدمت المعاملة فيه، أو بما تستقبل المعاملة فيه، فإن كان تحمل عنه بثمن ما قد ابتاعه، فقد قال ابن القاسم في العتبية والموازية: إن كل ما تحمل به مما يلزم اليتيم، لزوم الحميل، ويرجع به في مال الصبي.

وقال عبد الملك: لا يلزم المولى عليه شيء مما تحمل به، فإن كانت المعاملة قبل الجمالة: لم يلزم الحميل شيء، يريد أنه لم يتحمل عنه بدين عليه ولا عامله المتحمل له بسببه، فلا يلزم الحميل شيء، وإن كانت المعاملة بعد ذلك، لزوم الحميل الغرم، ولم يرجع هو ولا الطالب على اليتيم.

وإن كان مما يلزم اليتيم مثل أن يكون له الدار والحائط، فيسلفه فيها، فهذا يلزم الحميل، فعلى هذا فما يتحمل به عن اليتيم على ثلاثة أقسام، قسم يلزم الحميل، ويرجع به، وهو ما يلزم مال اليتيم، وقسم يلزم الحميل، ولا يكون له الرجوع به، وهو على ما عومل به بسبب الجمالة، ولا يلزم مال اليتيم.

وقد قال أصبغ في العتبية فيمن اشترى من سفيه، وأخذ حميلاً بما يلزمه من قبله، فأبطل البيع، والتمن على السفیه، فإن الحميل يغرم الثمن، ولا يرجع به على أحد، وقسم لا يلزم الحميل، ولا يرجع به كالمثحمل عنه عن معاملة قديمة لا يلزم ماله.

### الباب الرابع: فيما للطالب من مطالبة الحميل

لا يخلو أن يكون الحميل واحداً أو جماعة، فإن كان واحداً، فهل للطالب أخذه بجميع الحق مع حضور الغريم وغناه، اختلف فيه قول مالك، فقال في المدونة في الحميل بالمال: للطالب طلبه في مال الغريم وحضوره.

قال القاضي أبو محمد: وبه قال مالك والشافعي، ثم رجع مالك، فقال: لا يبيعه إلا في عدمه أو غيبته. قال القاضي أبو محمد: وبه قال عبد الملك.

كتاب الأقضية ..... ٤٨٩

وجه القول الأول أن الحق متعلق بذمته فى حال عدم الغريم، فوجب أن يكون متعلقا بذمته فى حال يساره كالغريم. ووجه القول الثانى عندى أنه وثيقة بالحق، فلم ينتقل إليه إلا مع تعذر استيفاء الحق من محله كالرهن.

مسألة: وليس للطالب أن يكلف الحميل ملازمة الغريم حتى يدفع ما عليه إذا كان موسراً، قاله ابن القاسم.

وجه ذلك أنه وثيقة بالحق من الغريم، وإنما له مطالبة بدفع الحق، يرجع إليه عند تعذر استيفائه، وليس بوكيل على المطالبة بالدين.

مسألة: وليس للحميل أخذ الحق إلى الطالب. ووجه ذلك أن الحميل ليس بوكيل على القبض ولا مأذون له فيه، وإنما له أن يطالب الغريم بما تبرأ ذمته به، وهو إيصال الدين إلى مستحقه.

مسألة: وإذا حل أجل الدين والغريم غائب، فلا يخلو أن يكون بعيد الغيبة أو قريبها، فإن كان بعيد الغيبة، ولم يكن للغريم مال حاضر أغرم الحميل. وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فى البعيد الغيبة: والذى لا يدرى أين هو، فلا يضرب له أجل، فإن كان له مال حاضر، فلا يخلو أن يقرب تناوله كالناظر أو ما هو فى حكمه أو يبعد تناوله كالدار تباع، وما يطول أمده، ويكون فيه التربص.

فإن كان مما يقرب أمده قضى منه الطالب، وإن كان مما يبعد تناوله أخذ الدين من الحميل، ثم للحميل أن يباع له ذلك، وإن كان قريب الغيبة أجل الحميل أجلاً قريباً وكرر، فإن أبى، وإلا فعل به ما ذكرناه، قاله كله ابن حبيب عن ابن القاسم.

مسألة: وإذا حل الأجل والغريم معسر كان للطالب أخذ ماله من الحميل. وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية: إن قال الطالب: إن الغريم عديم، وقال الحميل: هو ملئ، ولم يعرف له مال ظاهر، غرم الحميل.

ومعنى ذلك أن ذمة الحميل قد تعلق بها الحق، فلا يبرأ إلا بالأداء، وإنما يبرأ الغريم بالمطالبة، إذا كان له مال، فعلى الحميل الذى يدعى يسره إظهار ذلك المال، فيبرأ وإلا لم يبرأ من الدين.

مسألة: وهذا فيما يثبت من دين الغريم بالبينة، فأما لا يثبت إلا بإقرار الغريم، فلا يلزم ذلك الحميل، رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك.

٤٩٠ ..... كتاب الأفضية

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: ومعنى ذلك عندى أن يكون الإقرار بالدين بعد الحمل. وأما إذا أقر به الغريم قبل الحمل، فشهد بذلك على أقراره شاهدا عدل، فإن الذى يريد مالك بقوله: إنه مما تقوم به البينة، ويلزم ذلك الحميل، والله أعلم وأحكم.

ومن قام على منكر بدين، فقال له الرجل: إن لم آتك به غداً، فالمال على، وقد سماه، لم يلزمه المال، وإن لم يأت به حتى يبينه الطالب ببينة، ولو أقر المطلوب بعد الحمل، لم يلزم ذلك لحميل إلا ببينة.

وكذلك من ادعى على غائب ألف درهم، فتكفل به رجل، فقدم الغائب، فأنكر أو أقر، لم يلزم الحميل ذلك إلا ببينة على أصل الدين أو ببينة على إقرار الغريم قبل الحمل، قاله كله فى الموازية، ونحوه. فى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم.

مسألة: ولو أنكر الغريم الدين، وأقر به الحميل، ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه: يغرم الحميل ثم إن قامت له بينة، رجع على الغريم بما أدى عنه، ورواه فى العتبية يحيى عن ابن القاسم، قال: وإن لم يكن للحميل بينة، لم يرجع الغريم بما أداه.

فصل: وإن كان الحملاء جماعة تكلفوا له بمال، فلا يخلو أن يطلق لفظ الكفالة أو يقول وبعضهم كفلاء عن بعض أو له أخذ من شاء منهم بجميع حقه، فإن أطلق لفظ الكفالة، فأعسر الغريم عند الأجل، فقد قال مالك: ليس له أن يأخذ من وجد من الكفلاء بجميع المال، وإنما له أن يأخذ كل واحد منهم بحصته منه، فإن كانوا ثلاثة أخذ من كل واحد ثلث المال.

ووجه ذلك أنهم إذا تكلفوا بمائة، فإنما تكفل كل واحد منهم بثلث المائة، فلا يلزمه سواها.

مسألة: وإن شرط عليهم، وبعضهم كفلاء عن بعض، كان له أن يأخذ بعضهم بجميع حقه، وإن كانوا موسرين، فإن أعسر بعضهم كان له أن يأخذ جميع حقه من الموسر، قاله ابن القاسم فى المدونة.

ووجه ذلك أنه إذا كان بعضهم حملاء عن بعض كان لهم حكم الحمل، فليس لهم أن يأخذوا واحداً منهم إلا بما يجوز له أن يعدل به عن الغريم إلى الحميل من الإعسار أو الغيبة، والله أعلم وأحكم.

فرع: ولو غاب الحملاء إلا واحداً منهم، فغرم الحاضر المال، ثم قدم الحميلان



والغريم، فقد قال ابن القاسم في المدونة: للحاضر الذى غرم أن يرجع على صاحبيه بثلثى المال، وإن كان الغريم مليئاً وله أن يرجع به على الغريم بخلاف طالب الحق لا يأخذه من الحمل، إذا كان الغريم موسراً حاضراً.

ووجه الفرق بينهما أن الحمل إنما أخذ وثيقة من الدين الذى على الغريم، فلا يطلب مع تمكن الاقتضاء من الغريم، والحمل الذى غرم فى غيبة الحملاء والغريم، فكل واحد منهم حميل بجميع المال، فإنما غرم عن الحمل كما غرم عن الغريم، لأنه لو حضر صاحبه فى الحماله لزمه الغرم معه، فلما كان أداه عنه كان له الرجوع عليه دون اعتبار حال الغريم.

مسألة: فإن اشترط أن له أخذ من شاء منهم بجميع الحق، ففى المدونة عن ابن القاسم: له أن يأخذ من شاء منهم بحقه، وإن كان شركاؤه فى الحماله حضوراً موسرين؛ لأنه قد شرط ذلك.

وإذا أخذ أحدهم بجميع المال، لم يكن له أن يرجع على أصحابه بشئ مما أداه؛ لأن الطالب قد شرط فى الحماله أن له أن يعلق حقه بذمة من شاء منهم، فإذا عين حقه عند أحدهم، فإنما ذلك عن نفسه لا عن أصحابه، فلذلك لم يجوز له أن يرجع عليهم بشئ مما أداه.

وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن كنانة وأشهب: أن الشرط باطل، وليس له اتباع أحدهم بأكثر من نصيبه إلا فى عدم أصحابه أو غيبتهم.

فرع: فإن شرط مع شرطه أن يأخذ من شاء منهم بجميع حقه أن بعضهم حملاء عن بعض، فأخذ حقه من أحدهم كان لمن أدى الحق أن يرجع على أصحابه بما أدى عنهم؛ لأنهم قد شرطوا أنه إن عين حقه عند أحدهم، فعلى وجه أن بعضهم حملاء عن بعض، فقد تعلق الحق بحماله جميعهم على أن للطالب أن يختار مطالبة من شاء منهم.

وفى المسألة الأولى لم يتعلق الدين بحماله جميعهم، وإن تعلق بحماله واحد غير معين، فاللطالب أن يعينه بمن شاء منهم، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ومن تحمل له بدينه رجل، ثم لقى الغريم، فأعطاه حملاً آخر، فقد روى ابن الماجشون عن مالك: له أن يتبع أى الحملين شاء.

ووجه ذلك أن كل واحد منهم تحمل بجميع المال على غير رتبة تقتضى تقدم أحدهما، فافتضى ذلك التخيير فى أن يطلبهما أو يطلب أيهما شاء.

٤٩٢ ..... كتاب الأقضية

مسألة: ومن تحمل لرجل بمال على غريم، ثم تحمل له رجل آخر بالحميل، فإنما له أن يطلب الغريم، فإن غاب أو أعسر، انتقل إلى طلب الحميل الأول، فإن غاب أو أعسر انتقل إلى الحميل الثاني، قاله ابن الماجشون.

وجه ذلك أن حاله مع الحميل الأول والثاني كحاله مع الحميل الأول والغريم، وقد تقدم ذكره، والله أعلم وأحكم.

### الباب الخامس: فى رفق الطالب بالغريم أو الحميل

وجه ذلك أن الطالب قد يهب حقه الغريم أو الحميل أو يؤخر أحدهما، فأما الهبة، فإن وهب الغريم، فقد برئ الحميل؛ لأن الهبة كالاقتضاء، ولو اقتضى حقه لبرئ الحميل، فكذلك إذا وهبه، ولو وهب الحق الحميل لم ير الغريم عليه أن يؤدي إلى المتحمل له.

فرع: ومن أخذ حميلاً بثمن سلعة على أن له أن يأخذ أيهما شاء بحقه، فمات الغريم، فأحاله الطالب، ثم أراد أن يطالب الحميل، ففي العتبية والموازية لأشهب عن مالك: يحلف ما وضع إلا للميت، وهو على حقه، قال محمد: فيها شيء، وقال فى موضع آخر: فيها نظر.

وروى فى موضع آخر عن مالك: إن كان آخر بعض الحق من تركة الميت، كان ما أخذ بالخصص بين الحقين، ويحلف ما وضع إلا للميت، ويكون على الحميل حصته بما بقى.

مسألة: وأما إن أخذ الغريم، ففي العتبية والموازية لأشهب عن مالك: إن أخذ الغريم سنة، فالحمالة ثابتة إلا أن للحميل أن يمنع التأخر، ويقول: أخاف أن يفلس، فليس له التأخير. قال ابن القاسم فى المدونة: إلا أن يسقط الحملية.

وقال غيره فى المدونة: إذا أخر الغريم، وهو موسر، تأخرًا بينًا، سقطت الحملية عن الحميل، وإن كان الغريم معسرًا، فله أن يقوم على الكفيل، وأن يقف عنه.

وجه قول ابن القاسم أن تأخر الغريم لا ينافى حمالة الحميل، فليس فيه دليل على إبراء الحميل، ولا يكون تأثيره فى إسقاط الحق عن الحميل أكثر من تأثيره فى إسقاطه عن الغريم لتعلق الحق بذمتهم.

وجه قول الغير أنه لما لم يلزم الحميل تأخير الغريم، كان الظاهر من تأخيره إبراء الحميل، والله أعلم.

كتاب الأفضية ..... ٤٩٣

فرع: ولو علم الحميل بتأخيرهِ، فسكت، لزمته الحماله، فإن لم يعلم بذلك حتى حل الأجل الطالب ما أخره ليبرئ الحميل، وثبت له الحماله، قاله ابن القاسم فى المدونه.

ووجه ذلك أن ترك الاعتراض من الحميل فى تأخيرهِ رضا به، فإن لم يعد بذلك، واحتمل تأخير الطالب للغريم الذى لا يلزم الحميل تجويزه أن يريد به إبراء الحميل، كان على الطالب اليمين أنه لم يرد به إبراءه، وإنما أراد به الرفق بالغريم مع بقاء الحق متعلقاً بحماله الحميل.

مسألة: ولو أخر الطالب الحميل، فذلك تأخير للغريم، إلا أن يحلف ما كان ذلك تأخيراً، فإن نكل لزمه التأخير؛ لأنه لو وضع عن الحميل الحماله لكان له أن يتبع الغريم، قاله ابن القاسم فى المدونه.

ووجه ما لزمه من اليمين أن تأخيرهِ الحميل محتمل لتأخير الغريم له، فلزمته اليمين أنه ما أراد ذلك، ولا قصده.

### الباب السادس فى قضاء الحق

فإن دفعه الغريم برئ، وبرئ الحميل، وإن دفعه الحميل برئ من مطالبة صاحب الحق، وكان له مطالبة الغريم، فإن كان أدى عنه مثل ما عليه رجع بمثله، وإن كان أدى عنه غير ما عليه مثل أن يكون الدين دنانير، فيدفع عنه الحميل دراهم، فإن ذلك لا يجوز قبل الأجل لما فيه من تأخير أحد عوضى الصرف.

وأما بعد الأجل، ففى كتاب ابن المواز: أن ذلك جائز، وفيه أنه غير جائز، وإليه رجع ابن القاسم. وهو قول أشهب وأصحابه.

وجه القول الأول أن ما بين الطالب والغريم، قد صح باتخاذ المصارفة، لأن ذلك متعلق بذمته كالذى كان له عليه الدين.

ووجه القول الثانى بالمنع ما احتج به محمد من أن الغريم يكون مخيراً بين أن يدفع ما كان عليه، أو ما دفع عنه، فيدخله الخيار فى الصرف، وفسخ دين فى دين، والله أعلم وأحكم.

فرع: فإذا قلنا بالجواز، فقد قال ابن القاسم: لا يؤخذ من الغريم الدنانير، ولكن يخرج الغريم الدنانير، ثم يشتري بها دراهم، فإن نقصت لم يكن للحميل غيرها، وإن زادت، فليس له الفضل، وكان ابن القاسم يقول: الغريم مخير، إن شاء دفع الدنانير أو

الدراهم، ثم رجع، فقال: هذا حرام بين الحميل والغريم. وقاله أشهب.

وجه القول الأول أن عمل الكفيل مع صاحب الحق إذا حكمنا بصحته وجب أن يصح ما بين الحميل والغريم للدنانير؛ لأنه تأخير في الصرف، فوجب أن يصح بأن يخرج الغريم ما كان عليه، فلا يفسد من جهته شيء ثم يشتري للحميل من جنس ما أدى، فإن كان فيه نقص، فهو الذي أدخله على نفسه، وإن كان فيه فضل لم يكن له؛ لأن ما دفع عنه إنما هو سلف أسلفه إياه، فلا يأخذ أكثر منه.

وجه القول بالتأخير أن هذا تأخير ثابت بالشرع، فلا يبطل الصرف كخيار من وجد في عوض الصرف زائفاً، فإنه خیر بين أن يرد المعيب أو يمسك، ولا يمنع صحة ذلك الصرف.

فروع: فإن قلنا برواية المنع، فلا يجوز أن يصلح الكفيل طالب الحق إذا كان الدين دنانير بدراهم، ولا شيء مما يكال أو يوزن من سائر الأشياء إلا بالجزاف منه، أو بما يرجع إلى القيمة من حيوان أو عرض أو غيره؛ لأنه فيما يكال أو يوزن يرجع إلى أن يكون الغريم مخيراً.

ومعنى ذلك أنه يدخله الخيار في فسخ الدين في دين، وذلك غير جائز. وأما ما يرجع إلى القيمة، فإنه يقوم بجنس الدين، فلا يدخله تأخير، ولا فسخ دين في دين.

مسألة: ومن تحمل بمال لرجل إلى أجل، فمات الحميل قبل الأجل، ففي المدونة: لرب الحق أن يتعجل حقه من ماله. قال في المدونة: وإن كان الغريم ملياً حاضراً، فليس لورثته أن يأخذوه من مال الغريم قبل الأجل. وقال ابن الماجشون: لا يحل الحق بموته، ولكن يوقف من ماله بقدر الدين.

وجه القول الأول أن الدين متعلق بذمته، فوجب أن يحل بموته، ويتعجل طلبه منه كالغريم.

وجه القول الثاني أنه حميل، فلا تطلب تركته بالدين لموته إذا كان الغريم حاضراً ملياً. أصل ذلك إذا مات بعد الأجل.

فروع: ولو مات الحميل مفلساً، فإن لصاحب الحق أن يحاص الغرماء في ماله، قاله ابن القاسم في المدونة.

وجه ذلك أنه يحل الدين بموته، فوجب أن يحاص الغرماء في ماله كالغريم.

كتاب الأقضية ..... ٤٩٥

مسألة: ولو مات الحميل عند الأجل أو بعده، فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية: هاهنا يبدأ بالغريم، فإن كان غائباً أو عديماً أخذ من مال الحميل.

ووجه ذلك أنه قد كان له أن يطالب الغريم، فلم يكن له أن يطالب الحميل، وإنما له مطالبة الحميل إذا لم يكن له مطالبة الغريم.

مسألة: ولو مات الغريم قبل الأجل، فللطالب أن يتعجل حقه من ماله، وإن لم يكن له أن يطلب به الحميل حتى يحل الأجل.

قال ابن القاسم في المدونة: ووجه ذلك أن الدين يحل بموت من يتعلق بذمته، فإن طلب من الغريم روعيت حاله في أخذه منه بموته، وإن طلب من الحميل روعيت حاله، فلا يحل بموت غيره كما لو مات الحميل قبل الأجل، فإنه لا يكون ذلك سبباً لمطالبة الغريم، والله أعلم وأحكم.

فصل: إذا ثبت ذلك، فراجع إلى تقسيم لفظ مسألة الأصل، وهو قوله: فإن هلك الحميل أو أفلس، فإن الذى تحمل له يرجع على غريمه الأول، يريد أنه إن مات مفلساً أو أفلس مع بقاء حياته؛ لأن حقه لم ينتقل عن ذمة الغريم بالحالة، وإنما أخذ الحميل وثيقة لحقه كالرهن، ففلس الحميل بمنزلة ضياع الرهن، والله أعلم.

وجه ذلك أن موت الحميل مع كونه عيباً، لا يوجب رجوع الطالب على الغريم، بل له على قول ابن القاسم أن يتعجل من ماله ديناً، وعلى قول ابن الماجشون: يوقف من ماله بقدر الدين، فحكم الحالة باق على القولين، والله أعلم وأحكم.

فصل: وقوله: «يرجع على غريمه الأول» لفظ الرجوع يقتضى ظاهره أنه قد كان تعلق بمطالبة الحميل أولاً وأنه كان له ذلك، وهو يكون على وجوه منها على قول مالك الأول: أن له أن يبدأ بمطالبة الحميل إن شاء.

فإن مات الكفيل أو أفلس قبل أن يستوفى منه كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم، ومنها إذا باع من الغريم سلعة أو أسلفه مالا كان له أن يرجع إلى مطالبة الغريم، ومنها أنه إذا باع من الغريم، وأخذ منه حميلاً، وشرط أن له أن يأخذ أيهما شاء، فظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية أن له ذلك، وهو الظاهر من رواية أشهب عن مالك في العتبية والموازية، فعلى هذا أيضاً إن مات الحميل أو أفلس كان له الرجوع إلى مطالبة الغريم.

ويحتمل أيضا أن يريد به أن الغريم كان مفلسًا، فأثر مطالبة الحميل، فلما تعذر الاستيفاء من جهته رجع إلى اتباع الغريم في ذمته بما بقى عليه، ويحتمل أن يريد بقوله: «يرجع على غريمه» معناه يبقى حقه ثابتًا على غريمه، لا يبطل بموت الحميل، بخلاف الحوالة التي تبطل حقه بموت المحال عليه، ولا يكون له مطالبة المحيل، والله أعلم أى ذلك أراده.

\* \* \*

### القضاء فيمن ابتاع ثوبا وبه عيب

قَالَ يَحْيَى: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ: إِذَا ابْتَاعَ الرَّجُلُ ثَوْبًا، وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرَقٍ أَوْ غَيْرِهِ، قَدْ عَلِمَهُ الْبَائِعُ، فَشَهِدَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ أَوْ أَقَرَّ بِهِ، فَأَحْدَثَ فِيهِ الَّذِي ابْتَاعَهُ حَدًّا مِنْ تَقْطِيعِ يُنْقَصُ ثَمَنُ الثَّوْبِ، ثُمَّ عَلِمَ الْمُبْتَاعُ بِالْعَيْبِ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَيْسَ عَلَى الَّذِي ابْتَاعَهُ غُرْمٌ فِي تَقْطِيعِهِ إِلَّاهُ<sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال أنه إن أحدث المبتاع بالثوب حدثًا من تقطيع أو غيره، ثم اطلع على عيب كان عند البائع، فلا يخلو أن يكون دلس البائع بالعيب على ما ذكره في المسألة أو لم يدلس به، فإن كان دلس به، فلا يخلو أن يكون ما أحدثه فيه المبتاع مما جرت العادة به، ومما يشتري غالبًا له أو يحدث فيه ما لم تجر العادة بمثله.

فأما القسم الأول في تقطيع ما جرت به العادة في مثله من الثياب، فما أحدث المبتاع من هذا مما ينقص المبيع، فللمبتاع أن يرجع بجميع الثمن، ولا يرد ما نقص ذلك المبيع، ولو قطعه على غير ما جرت به عادة مثل ذلك الثوب مثل أن يكون ثوب وشيء رفيع، فيقطعه جوارب أو رقاعًا، فهذا لا يرده على المدلس؛ لأنه قد فات بذلك من الفعل، ويرجع بما نقصه، قاله ابن القاسم في المدونة.

وذلك أن البائع قد علم أن المبتاع يتصرف في المبيع التصرف المعتاد، فإذا أسلمه إليه على وجه التملك مع ما دلس له به من العيب، فقد أذن له في ذلك، فلا يرجع عليه بما ينقص ذلك الفعل، ولم يأذن له في التصرف الذي ليس بمعتاد، فلذلك يلزم من فعله.

مسألة: إذا ثبت ذلك، فإن أقر المبتاع بالتدليس أو قامت البينة بأنه كان عالمًا بالعيب عند المبيع، فللمبتاع رده، وأخذ جميع الثمن، وهل له إمساكه، والرجوع بقيمة العيب؟

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار برقم ١٤٤٢.

كتاب الأقضية ..... ٤٩٧

قال ابن القاسم: له ذلك. وقال ابن المواز: ليس له ذلك إذا كان مما نقصه غير صناعة كالقطع، فإن كان صناعة كالصبغ والخياطة كان له ذلك؛ لأن له أن يمتنع من تسليم صناعته، وحكى ذلك عن أصبغ.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن العيب المفسد لما حدث أثبت له الخيار كالصناعة، وما تقدم من التدليس يسقط عنه قيمة العيب الحادث.

ووجه قول ابن المواز للمبتاع رد المبيع دون غرم، فلم يكن له إمساكه والرجوع بقيمة المبيع إذا لم يكن فيه غبن فوته. أصل ذلك إذا لم يحدث عنده عيباً.

مسألة: فإن ادعى المبتاع على البائع التدليس، وأنكره البائع، وادعى النسيان، ولم تقم بينة له بشيء من ذلك، فقد قال ابن القاسم: يحلف البائع على ما قال ويخير المبتاع بين أن يرد المبيع، وقيمة العيب الحادث، ويأخذ الثمن أو يمسك المبيع، ويرجع بقيمة العيب القديم.

وروى ابن المواز عن مالك: لا يحلف البائع حتى يخير المبتاع، فإن اختار الرجوع بقيمة العيب لم يحلف البائع؛ إذ لا فائدة في استحلافه؛ لأن حاله في الرجوع بقيمة العيب في التدليس وغيره حالة واحدة عند من يرى التخيير ثابتاً في التدليس.

وإن أراد الرد استحلف البائع، فإن حلف رد المبتاع مع المبيع قيمة العيب الحادث.

وجه قول ابن القاسم بتقديم اليمين أن التخيير لا يثبت الحكم به إلا بعد اليمين، وأما قبل اليمين، فحكم التدليس يمنع عند جماعة من أصحابنا التخيير، وقد تقدم ذكره، فإذا حلف بطل حكم التدليس، ولزم الحكم بالتخيير.

ووجه قول مالك أن التخيير ثابت بحدوث العيب الحادث، ولا معنى لليمين إلا إثبات قيمة العيب الحادث على المبتاع، وإنما ذلك في الرد، فإذا لم يختر الرد، فلا معنى لهذه اليمين؛ لأنها غير مؤثرة في الإمساك والرجوع بقيمة العيب القديم.

وهذا القول أجرى على قول ابن القاسم في إثبات التخيير مع التدليس، وقول ابن القاسم في هذه المسألة أجرى على قول ابن المواز وأصبغ في إسقاط حكم التخيير مع التدليس، وإنما ألزم المدعى النسيان اليمين؛ لأنه يمكن أن يكون عالماً بالعيب عند البيع، فإذا لم يكن بينة تثبت عليه ما ينكره، لزمته اليمين، والله أعلم وأحكم.

قَالَ مَالِكُ: وَإِنْ ابْتِاعَ رَجُلٌ ثَوْبًا، وَبِهِ عَيْبٌ مِنْ حَرَقٍ أَوْ عَوَارٍ، فَرَعَمَ الَّذِي بَاعَهُ

أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ، وَقَدْ قَطَعَ الثَّوبَ الَّذِي ابْتَاعَهُ أَوْ صَبَّغَهُ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْحَرَقُ أَوْ الْعَوَارُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوبِ، وَيُمْسِكُ الثَّوبَ، فَعَلَّ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَغْرَمَ مَا نَقَصَ التَّقْطِيعُ أَوْ الصَّبْغُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوبِ وَيُرُدُّهُ، فَعَلَّ، وَهُوَ فِي ذَلِكَ بِالْخِيَارِ فَإِنْ كَانَ الْمُبْتَاعُ قَدْ صَبَّغَ الثَّوبَ صَبْغًا يَزِيدُ فِي ثَمَنِهِ، فَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَنْ يُوضَعَ عَنْهُ قَدْرُ مَا نَقَصَ الْعَيْبُ مِنْ ثَمَنِ الثَّوبِ، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يَكُونَ شَرِيكًا لِلَّذِي بَاعَهُ الثَّوبَ فَعَلَّ، وَيُنْظَرُ كَمْ ثَمَنِ الثَّوبِ وَفِيهِ الْحَرَقُ أَوْ الْعَوَارُ، فَإِنْ كَانَ ثَمَنُهُ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، وَثَمَنُ مَا زَادَ فِيهِ الصَّبْغُ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ، كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي الثَّوبِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، فَعَلَى حِسَابِ هَذَا يَكُونُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِي ثَمَنِ الثَّوبِ <sup>(١)</sup>.

الشرح: وهذا على ما قال أن المبتاع إذا وجد بالثوب عيباً دلس به البائع بعد أن أحدث فيه المبتاع صبغاً زاد في ثمنه، فإن المبتاع مخير بين أن يمسكه، ويرجع بقيمة العيب على ما تقدم في كتاب البيوع من حكم الرد بالعيب بعد تقويمه أو رده وتقويمه معيباً غير مصبوغ ثم يقومه تقويماً ثانياً مصبوغاً، فيكون المبتاع شريكاً بما زاد الصبغ في قيمته، وهذا معنى ما في المدونة عن ابن القاسم.

ورواه داود بن سعيد بن زبيد عن مالك في المدينة، وزاد فيها: أنه شريك بما زاد الصبغ، والبائع شريك بثمان ثوبه معيباً يريد قيمته. وحكى عن الشيخ أبي بكر أنه قال: يعتبر بقيمته يوم الحكم.

فرق: قال في هذه المسألة: يكون شريكاً بما زاد الصبغ في قيمة الثوب، وقال فيمن اشترى ثوباً، فصبغه، واستحق من يده، وأبى المستحق أن يعطيه قيمة صبغه، وأبى هو أن يعطى المستحق قيمة ثوبه أن يكون شريكاً بقيمة الصبغ. قال الشيخ أبو محمد عبدالحق: الفرق بينهما أن هذا بالخيار بين أن يمسك أو يرد، فيشارك والمستحق من يده الثوب مجبور على المشاركة، فلذلك اختلفا.

قال القاضي أبو الوليد، رحمه الله: وهذا عندى ليس بالبين؛ لأن من بيده الثوب لا يجبر على المشاركة إذا رضى بدفع ثمن الثوب كالذى يجد العيب إذا رضى بإمضاء البيع، لم يجبر على المشاركة، فلا فرق بينهما من هذا الوجه، والأظهر عندى في الفرق

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستدكار ٢٢/٢٨٣.



بينهما أنه إنما ثبت له قيمة في الشركة ما كان لصاحبه أن يخرج عنه الآخر بدفع قيمته إليه، فثبتت له تلك القيمة في الشركة.

فلما كان في مسألة الاستحقاق لكل واحد منهما أن يدفع إلى الآخر قيمة ماله ويخرجه، تشاركاً عند الإبانة بقيمة الصبغ وقيمة الثوب، ولما كان في مسألة الرد بالعيب ليس لصاحب الثوب أن يدفع إلى المشتري قيمة صبغه، ويخرجه عنه، لم تثبت للصبغ قيمة بانفراذه، وإنما تثبت له قيمته مع الثوب ويكون لصاحب الثوب قيمة ثوبه؛ لأن للمبتاع أن يدفع إليه عوضه ويخرجه عنه.

وذلك أن المشتري ليس له أن يرد الثوب بالعيب ناقصاً عما اشتراه، فلو شاركه بقيمة الصبغ، وكان أكثر مما زاد على قيمة الثوب لكان قد رد إليه ثوبه ناقصاً بالنقص الذي أحدث فيه بالصبغ، ولم يرد إليه النقص، فلذلك جبره بالصبغ، وشارك بما زاد الصبغ على قيمة الثوب، والله أعلم وأحكم.

\* \* \*

### مالا يجوز من النحل

١٤١٩ - يَحْيَى عَنْ مَالِكٍ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُمَا حَدَّثَاهُ عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ أَبَاهُ بَشِيرًا أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَامًا كَانَ لِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَكُلْ وَلَدِكَ نَحَلْتُهُ مِثْلَ هَذَا؟» فَقَالَ: لَا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَارْتَجِعْهُ»<sup>(١)</sup>.

١٤١٩ - أخرجه البخاري في الهمزة ٢٥٨٦، ٢٥٨٧، الشهادات ٢٦٥٠. ومسلم في الهبات ١٦٢٣. والترمذي في الأحكام ١٣٦٧، الحدود ١٤٤٧. والنسائي في الوصايا ٣٦٧٠، النحل ٣٦٧١، النحل ٣٦٧٢، ٣٦٧٤، ٣٦٧٨، ٣٦٧٩، ٣٦٨٠، ٣٦٨٣، العمري ٣٧٣٢، ٣٧٣٣، ٣٧٣٤، ٣٧٣٥، ٣٧٣٦، ٣٧٣٨، ٣٧٣٩، ٣٧٤٠، ٣٧٤١، ٣٧٤٢، ٣٧٤٣، ٣٧٤٤، ٣٧٤٦، ٣٧٤٧. وأبو داود في البيوع ٣٥٤٢، اللباس ٤٠٦٤، ٤٠٦٥، ٤٠٦٦. وابن ماجه في الأحكام ٢٣٧٥، ٢٣٧٦، ٢٣٨٤، ٢٣٨٥. وأحمد في مسند الكوفيين ١٧٨٩٠، ١٧٨٩٤، ١٧٨٩٩، ١٧٩٤٣، ١٧٩٥٢، ١٧٩٨٣، ١٨٨٦٤.

(١) قال ابن عبد البر في التمهيد ٣٤٩/٨: هكذا روى هذا الحديث جماعة من أصحاب ابن شهاب، بهذا الإسناد، وهذا المعنى كلهم يقول فيه أن النبي ﷺ قال له: «فارجعه» وربما قال =

٥٠٠ ..... كتاب الأفضية

الشرح: قوله: «إن أباه بشيرًا أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: إني نخلت ابني هذا غلامًا» النخل العطية، ومعنى نخلت، أعطيت، ويحتمل من جهة اللفظ أن يكون أتى به إلى رسول الله ﷺ ليستفتيه في جواز ذلك، ويحتمل أن يكون أتى به ليشهد رسول الله ﷺ على ذلك.

وقد ورد هذا من رواية حصين بن عامر عن الشعبي عن النعمان بن بشير «أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ»، وأتى رسول الله ﷺ فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتنى أن أشهدك يا رسول الله، قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟ قال: لا، قال: اتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم، قال: فرجع، فرد عطيته.

فصل: وقوله: «فقال له رسول الله ﷺ: أكل ولدك نخلته؟»<sup>(٢)</sup> مثل هذا استفهام عن

= بعضهم: «فأرده»، ولفظ حديث ابن شهاب هذا قوله: «فأرجعه»، قد تابعه عليه هشام بن عروة، عن أبيه، عن النعمان بن بشير، على اختلاف عن هشام في ذلك، وهذا حديث قد رواه جماعة، عن النعمان بن بشير، منهم الشعبي، وغيره بألفاظ مختلفة.

(٢) قال ابن عبد البر في التمهيد: ٣٥٠/٨: واختلف الفقهاء في هذا المعنى: هل هو على الإيجاب أو على الندب؟ فأما مالك، والليث، والثوري، والشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابه، فأجازوا أن يخص بعض ولده دون بعض بالنحلة، والعطية على كراهية من بعضهم، على ما يأتي من أقوالهم في هذا الباب والتسوية أحب إلى جميعهم. وكان مالك يقول: إنما معنى هذا الحديث الذي جاء فيه، فيمن نخل بعض ولده ماله كله قال: وقد نخل أبو بكر رضى الله عنه عائشة، دون سائر ولده. حكى ذلك عنه ابن القاسم، وأشهب. وقال الشافعي: ترك التفضيل في عطية الأبناء فيه حسن الأدب ويجوز له ذلك في الحكم قال: وله أن يرجع فيما وهب لابنه لقول النبي ﷺ: «فأرجعه» واستدل الشافعي، بأن هذا الحديث على الندب، بنحو ما استدلل به مالك رحمه الله، من عطية أبي بكر عائشة. وبما رواه داود بن أبي هند، عن الشعبي، عن النعمان بن بشير، قال: «نخلني أبي نخلًا. وانطلق بي إلى النبي ﷺ ليشهده على ذلك، فقال: أكل ولدك نخلته مثل هذا؟ فقال: لا، قال أيسرك أن يكونوا لك في البر كلهم سواء؟ قال: نعم قال: «فأشهد على هذا غيري». قال: وهذا يدل على صحة الهبة؛ لأنه لم يأمره بردها وإنما أمره بتأكيدها بإشهاد غيره عليها، وإنما لم يشهد ﷺ عليها لتقصيره عن أولى الأشياء به، وتركه الأفضل. وقال الثوري: لا بأس أن يخص الرجل بعض ولده بما شاء. وقال أبو يوسف: لا بأس بذلك إذا لم يرد الإضرار وينبغي أن يسوى بينهم: الذكر والأنثى سواء. وقد روى، عن الثوري: أنه كره أن يفضل الرجل بعض ولده على بعض في العطية. وكره عبدالله بن المبارك وأحمد بن حنبل: أن يفضل بعض ولده على بعض في العطايا. وكان إسحاق يقول مثل هذا، ثم رجع إلى مثل قول=

صفقة هذا النحل؛ إذ كان منه ما يمنعه الشرع ومنه ما يبيحه، فاستوصفه عن صفته ليعلم أمن المباح هذا، أو من الممنوع ليعين له حكم القسمين أو ليأمره بارتجاع الممنوع، أو إمضاء المباح.

فلما قال له بشير: لا، وبين أنه لم ينحل سائر بنيه على مثل ما نحل هذا، وذلك أن يكون قد نحل سائر بنيه أقل مما نحل هذا أو لم ينحلهم شيئاً، أو نحل بعضهم دون بعض، فقال له رسول الله ﷺ: «فارتجعه» يريد إبطال النحل وارتجاعه من ابنه المنحول إلى ملك الناحل.

ويحتمل أن يكون إنما جوز ذلك ﷺ لما علم أن الهبة كانت هبة يجوز للواهب اعتصارها، فلما كانت مكروهة غير شرعية، وكانت على وجه يجوز ردها؛ لأنها لم تفت بما تفوت به الهبات، ويمنع الاعتصار لها أمره باستدراك ذلك بردها، وكذلك كل ما تمنعه الشريعة يرد ما لم يفت، وإلى هذا ذهب عيسى بن دينار من رواية ابن مزين عنه.

ويحتمل أيضاً وجهاً آخر، وهو أن يكون ما تصدق به بشير على ابنه كان جميع ماله. وقد اختلف قول مالك في ذلك، فروى ابن شهاب في العتبية والموازية عن مالك في الحديث الذي جاء في الذي نحل ابنه عبداً له، فقال النبي ﷺ: «أكل ولدك نحلته مثل هذا؟ قال: لا، قال: فارتجعه». قال مالك: إن ذلك فيما أرى لم يكن له مال غيره، فقلت له: فإن لم يكن له مال غيره، أيرده؟ قال: إن ذلك ليقال، وقد قضى به في المدينة.

---

=الشافعي. وكل هؤلاء يقول: إن فعل ذلك أحد نفذ ولم يرد. واختلف في ذلك، عن أحمد بن حنبل، وأصح شيء عنه في ذلك ما ذكره الخرقى، في مختصره، عنه قال: وإذا فاضل بين ولده في العطية أمر برده كما أمر رسول الله ﷺ فإن فات ولم يردده فقد ثبت لن وهب له إذا كان ذلك في صحته، وقال طاوس: لا يجوز لأحد أن يفضل بعض ولده على بعض، فإن فعل لم ينفذ وفسخ. وبه قال أهل الظاهر، منهم داود وغيره. وروى عن أحمد بن حنبل مثله.

وحجتهم في ذلك حديث مالك، عن ابن شهاب المذكور في هذا الباب، قوله: «فارتجعه» حملوه على الوجوب، وأبطلوا عطية الأب لبعض ولده دون بعض لقوله ﷺ «فارتجعه»، ولقوله: في حديث جابر في هذه القصة: «هذا لا يصلح ولا أشهد إلا على حق». قالوا: وما لم يكن حقاً فهو باطل، وقد قال بعضهم في هذا الحديث، عن النعمان «هذا جور ولا أشهد على جور» ونحو هذا مما احتج به أهل الظاهر.

٥٠٢ ..... كتاب الأقضية

وقال عنه ابن القاسم فى العتبية: من تصدق بماله كله على بعض ولده، لا أره جائزاً. وقال سحنون فى العتبية: إذا تصدق بكل ماله، ولم يكن فيما أبقي منه ما يكفيه، ردت صدقته، وإن كان فى ماله بقى ما يكفيه، لم يرد.

وقال مالك فى العتبية والموازية: يجوز للرجل أن يتصدق بماله كله فى صحته، وقد فعله أبو بكر الصديق. وقال ابن القاسم: من تصدق بماله كله على بعض ولده، أكرهه، فإن فعل وحيزت عليه لم ترد بعد. وقال أصبغ وابن المواز: لا يرد.

وجه القول الأول ظاهر الحديث، وأنه نحل بعض ولده، فأمره برده، وقد حمل يحيى بن يحيى ذلك على الكراهية، فروى عنه ابن مزين أنه قال: إنما أمره رسول الله ﷺ باسترجاعه كراهية لتفضيل بعض ولده على بعض، فقال: «ارتجعه» وأهل العلم يرون ذلك جائزاً فى القضاء؛ لأن رسول الله ﷺ لم يفسخه، وإنما ندبه إلى ذلك.

وإلى هذا ذهب القاضى أبو محمد أنه يكره للإنسان أن يعطى بعض ولده جميع ماله، واحتج بحديث النعمان بن بشير، وجوز أن يعطيه بعض ماله، واحتج بحديث أبى بكر إذ قال لابنته عائشة: إني كنت نخلتك جاد عشرين وسقاً.

قال: والفرق بينهما أنه إذا وهب البعض لم يولد ذلك عداوة؛ لأنه قد بقى ما يعطى الياقين، وإذا أعطى الكل لم يبق ما يعطى الباقين، فثبتت الأثرة، وأدى ذلك إلى العداوة والبغضاء.

قال: فإن وقع ذلك، وهب أحدهما الكل نفذ، وإن كان مكروهاً خلافاً لأحمد بن حنبل، وقد تقدم الكلام فى ذلك.

قال القاضى أبو الوليد: وعندى أنه إذا أعطى البعض على سبيل الإيثار أنه مكروه، وإنما يجوز ذلك، ويعرى عن الكراهية إذا أعطى البعض لوجه ما من جهة يختص بها أحدهم أو غرامة تلزمه، أو خير يظهر منه، فيخص بذلك خيرهم على مثله، والله أعلم.

فإذا قلنا بالرد، فتأويل الحديث ظاهر، وهو من جهة المعنى. قال بعض البغداديين من أصحابنا: إن الإنسان ممنوع من ماله لحق نفسه كما هو ممنوع منه لحق غيره، فمنع من إتلافه لحق الوارث والزوج، فبأن يمنع منه لحق نفسه أولى.

وإن قلنا بإمضاء ذلك، فيحتمل أن يريد بالحديث رد عطيته إلى العدل بين ولده، بأن يعطيهم مثل ما أعطاه، ويحتمل أن يريد به أنه لم يكن انعقدت العطية بعد،

كتاب الأفضية ..... ٥٠٣

وإنما أرادها، فلما علم بما فيها رجع عن إمضائها، ورد العطية إلى بقائها على ملكه. ويحتمل أن يكون كان أعطاها ابنه على حكم الوصية، فأمره بنقض ذلك؛ لأنه لا وصية لو ارث، ويحتمل أن يكون كان أعطاها إياه على وجه المعاوضة مما كان يلزمه من النفقة عليه لمدة ما، ولم يعط سائر ولده مثل ذلك لذلك الوجه، ولا لغيره إشاراً له عليهم.

فلما أمره النبي ﷺ أن يعدل بينهم، رد ذلك البيع، ورأى في رده السداد لابنه، والله أعلم، أى ذلك كان، ويحتمل أن تكون هذه الهبة لم تبق بيده ما ينفق على نفسه، ولا على ولده، ولعله بعد كانت عليه نفقات تعلقت بذمته فيمنع ذلك العدل بينهم.

١٤٢٠ - مَالِك، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَائِشَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهَا قَالَتْ: إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ نَحَلَهَا جَادَّ عِشْرِينَ وَسَقًا مِنْ مَالِهِ بِالْغَابَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، قَالَ: وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نَحَلْتُكَ جَادَّ عِشْرِينَ وَسَقًا، فَلَوْ كُنْتُ جَدَّتِيهِ وَاحْتَرَيْتِيهِ، كَانَ لَكَ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكِ وَأُخْتَاكِ، فَاقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ، قَالَتْ عَائِشَةُ: فَقُلْتُ: يَا أَبَتِ وَاللَّهِ لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْتُهُ إِنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ، فَمَنْ الْآخَرَى؟ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: ذُو بَطْنٍ بِنْتُ حَارِجَةَ أَرَاهَا جَارِيَةً.

الشرح: قولها: «أن أبا بكر كان نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله بالغابة» الحديث يقتضى أنه خصها بالنحلة دون سائر إخوتها، ورأى ذلك جائزاً له، وإن كان النبي ﷺ قد قال لبشر في ما وهبه لابنه النعمان: «أكل ولدك نخلته مثل هذا؟ قال: لا، قال: ارجعه» فيحتمل أن يكون أبو بكر تأول في حديث النعمان بن بشير بعض الوجوه التى قدمناها فى تفسيره، وأن نخلته لعائشة رضى الله عنها لم تكن على شىء من ذلك، وإنما كان لفضل عائشة على سائر إخوتها، ولذلك قال لها: «ليس أحد أحب إلى غنى بعدى منك»، وفى العتبية عن مالك فى الرجل يكون له الولد، فيبهره، فيريد أن يعطيه عطية من ماله دون غيره: لا بأس بذلك.

فصل: وقوله: «من ماله بالغابة» الغابة موضع، وذلك يقتضى صحة الهبة، وإن لم

يقترن بها قبض، وإنما تنعقد الهبة والصدقة بقول الواهب: قد وهبته لك، وفي الصدقة: قد تصدقت به عليك. وقول الموهوب له أو المتصدق عليه: قد قبلت، وأن يؤخر القبض، فيلزم، ويجبر الواهب والمتصدق على التسليم خلافاً لأبى حنيفة والشافعي في قولهما: لا تنعقد الهبة إلا بالقبض.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ومن جهة السنة ما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» (\*).

ودليلنا من جهة المعنى أنه عقد من العقود، فلم يفتقر انعقاده إلى القبض كالبيع.

**فصل:** وقولها: «فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية، والله ما من الناس أحد أحب إليّ غنى بعدى منك» يريد أنه لما مرض مرضه الذي توفي منه، وأحس من أسباب الموت ما يتيقن به الوفاة، قال لها القول المتقدم على سبيل التأنيس والإعلام لها بأنه لا يمنعه من إمضاء هبته لها عدم إشفاقه عليها، ومحبتة لها، وإنما يمنعه من ذلك ما يذكره بعد هذا.

وقوله: «أحب إليّ بعدى منك» يحتمل أن يريد بقوله: «بعدى» ممن يخلفه بعد الموت، ويحتمل أن يريد في حياته، ويكون معنى بعدى غيرى.

**فصل:** وقوله: «جاء عشرين وسقاً من تمر» قال عيسى بن دينار: معناه جداد عشرين وسقاً من تمر نخله إذا جد. وقال ثابت قوله: «جاء عشرين وسقاً» يعنى أن ذلك يجدها منها ويصيرم. قال الأصمعي: يقال هذه أرض جاد مائة وسق، يريد أن ذلك يجدها منها، فعلى تفسير عيسى قوله: «جاء عشرين وسقاً» صفة للثمرة الموهوبة، فتقديره وهبها عشرين وسقاً محدوداً، وعلى تفسير ثابت قوله: «جاء عشرين وسقاً» صفة للنخل التي وهب ثمرتها، فمعناه وهبها ثمرة نخل يجدها منها عشرون وسقاً، والله أعلم وأحكم.

**فصل:** وقوله: «فلو كنت جديته واحتزته لكان لك» يقتضى أن الحيابة والقبض شرط في تمام الهبة، وأنها لما لم تحز ما وهبها في صحته لم تتم الهبة، فإن كانت هبة الثمرة على الكيل، فإن الحيابة لا تكون فيها إلا بالكيل بعد الجدد، ولذلك قال لها: «لو

(\*) أخرجه البخارى حديث رقم ٢٥٨٩، ٢٦٢١، ٣٠٠٣، ٦٩٧٥. مسلم حديث رقم ١٦٢٢. الترمذى حديث رقم ١٢٩٨. النسائى فى الصغرى حديث رقم ٣٦٨٩، ٣٦٩١، ٣٦٩٦، ٣٦٩٧، ٣٦٩٨، ٣٦٩٩، ٣٧٠١، ٣٧٠٢. أبو داود حديث رقم ٣٥٣٨. ابن ماجه ٢٣٨٥، ٢٣٨٦. أحمد فى المسند حديث رقم ١٨٧٥.

كتاب الأقضية ..... ٥٠٥

كنت جدديته واحزتيه وإن كان وهبها ثمرة نخل معينة، فالحيازة فيها على ما يأتي ذكره بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وقد اختلف قول مالك فيمن تصدق بشيء في صحته، ثم مرض، فقام المعطى يطلبه، قال ابن المواز: فيه اختلاف، فروى ابن القاسم عن مالك: أن قبضه الآن لا يجوز، وإن كان غير وارث، واحتج بأن أبا بكر لم يعط ذلك عائشة لما مرض. وقال أشهب: يقضى له الآن بثلاثها، وإن صح له بباقيها، ولا أرى قول من قال: تجوز كلها من الثلث، ولا قول من أبطل جميعها.

وجه قول ابن القاسم أن المرض يمنع الحيازة؛ لأنه من أسباب الموت منع الموت الحيازة؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حق الورثة، فيتصدق الرجل بماله، ويبقى بيده إذا توفى أخذ جميعه المتصدق عليه، فمنع ذلك ما أوجبه الله من الموارث، فوجب أن يبطل.

ولما كان المرض من أسباب الموت وجب أن يمنع الحيازة كما يمنعها الموت.

وفى ذلك بابان، أحدهما: ما يكون حيازة. والثاني: ما يمنع الحيازة.

فأما الحيازة، فلا تخلو أن تكون الهبة حاضرة مع الموهوب له أو غائبة عنه، فإن كانت حاضرة، فلا يخلو أن يكون مما لا ينقل، ولا يحول كالأرضين والأصول الثابتة، أو يكون مما ينقل كالعروض والحيوان.

فإن، كانت مما لا ينقل، ولا يحول كالأرضين، فإنها على ضربين، أحدهما: أن يكون من الأرض التي لا عمل فيها.

والثاني: أن تكون من أرض المزارعة والعمل.

فأما الضرب الأول، فقد قال أصبغ في كتاب ابن حبيب: الإشهاد فيما لا يعمل فيه حيازة، فكالدين والشئ الهمل. ووجه ذلك أنها عطية كمل فيها العقد اللازم، وليست في يد المعطى، ولا فيما ينوب عن يده، فلم تفتقر إلى مباشرة القبض كالدين.

مسألة: وأما إن كانت من أرض الزراعة، فلا يخلو أن تكون الهبة في غير إبان العمل أو في إبان العمل، فإن كانت في غير إبان العمل أجزأ منها أن تكون محدودة، وفي كتاب الهبة ويشهد بتسليمها إليه، وأتم من ذلك أن يقف بالبيتة على حدودها، ويشهد مع ذلك على قبضها. قال ذلك مطرف وأصبغ من رواية ابن حبيب.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على امرأته بمزرعة في آخر أيام

٥٠٦ ..... كتاب الأقضية  
الحرث، وأشهد على الحيازة، ثم مات بعد ذلك بنحو شهر، ولم تحدث المرأة فيها حدثاً  
ولا غيره: إن كان لها عذر بين مثل أن يفجأ موته قبل أن يمكنها عمل أو إجناء شجر أو  
أحياء أو غرس أو إصلاح أو نحو ذلك، فالصدقة ماضية.

ووجه ذلك أنه لا يمكن فيها غير هذا من الحيازة، فأشبهت ما لا يعمر من الأرض.  
فرع: وهذا إنما يكون حيازة في مثل هذه الأرض إذا فاتت حيازتها المختصة بها  
موت الوارث أو مرضه مرض الموت، فأما إن بقى الواهب حتى يمضي وقت عملها، فلم  
يعملها للموهوب، ولا تعرض لعملها حتى مات الواهب، فإن الهبة تبطل، رواه ابن  
حبيب عن أصبغ.

ووجه ذلك أن ما لا ينقل ولا يحول، فإن الحيازة له بالعمل فيه، إذا أمكن بالحيازة  
في أرض العمل فيها في إبانها، فإذا جاء إبان عملها، وترك الموهوب له العمل فيها، فقد  
ترك حيازتها.

فرع: فإن تعرض الموهوب له للعمل، فمنعه الواهب، لم يبطل ذلك الحيازة، قاله  
أصبغ؛ لأن الذي أمكنه من الحيازة التعرض للعمل، وقد وجد منه.

فإذا منع من العمل مانع بيد غالبية، فهو على وهبه إلا أنه يجب أن يكون من الطلب  
والسعى في التمكن من العمل على حالة يعلم بها أنه غير تارك للعمل.

فرع: فإن منعه من العمل ضعف، فلا يخلو أن يكون ضعيفاً عن البقر والآلة مع  
التمكن من أن يكرى أو يساقى أو يرفق غيره، أو يكون عجز عن وجوه العمل كلها،  
فإن كان لضعف في الآلة مع التمكن من العمل بالكراء، والاكتراء أو المساقاة، أو  
الإرفاق وإحياء الشجر، فالصدقة تبطل بالموت.

وأما إن عجز عن العمارة بكل وجه، وتعرض لها بوجه من الوجوه المذكورة، فلم  
يصل إليها، فإن الصدقة ماضية والإشهاد يجزى في هذا الحوز، ولو أقامت أعواماً،  
والموهوب له يعرضها على هذه الوجوه، فلا يجد مع الاجتهاد في ذلك فالحيازة  
بالإشهاد تامة.

روى معنى ذلك يحيى ابن يحيى عن ابن القاسم، وقاله أصبغ، وزاد: ما لم ينتفع بها  
المتصدق.

**مسألة:** ولو وهبه نخلاً هبة مطلقة، وفيها ثمر قد أبر، فالثمره للواهب كالبيع، وحوز



كتاب الأقضية ..... ٥٠٧

الموهوب له قبض النخل، والسقى فى مال الواهب، وكذلك لو استثنى ثمرتها عشر سنين ولو كانت بيد الواهب يسقيها العشر سنين، فقد وهبها بعد عشر سنين، فإن مات قبل ذلك أو لحقه دين بطلت الهبة من كتاب ابن المواز.

ووجه ذلك أن القبض شرط فى تمام الهبة، فإن مات قبل القبض بطلت الهبة، وإن أسلم إليه النخل يعمرها المعطى، وتكون الثمرة للمعطى صح القبض، والله أعلم.

مسألة: ومن وهب ما فى بطون غنمه أو أمته، فحاز المعطى الأمهات حتى تضع، فتلك حيازة تامة كالنخل يهبه الثمرة قبل بدو الصلاح، فيحوز الرقاب، قاله ابن القاسم، وكذلك صوف الغنم ولبنها.

قال أصبغ: وإن حازها المعطى، فذلك نافذ ولدت بعد موت المعطى أو قبل ذلك، وليس للوارث بيعها فى دين الميت، ولا إدخالها فى القسم حتى تضع، وقاله أشهب فى الصوف واللبن والثمره.

قال: وأما الأجنة، فلا تتم الحيازة فيها إلا بعد الولادة؛ لأن العتق فيه لا يجوز قبل الولادة، وقد تباع أمة قبل ذلك فى الدين المستحدث بخلاف الثمرة والزرع، فإن الثمر يرهن، ولا يرهن الجنين.

وجه قول ابن القاسم أنه نماء حاث فى العين ينفصل منه، فكملت العطية فيه يقبض الأصل كالصوف والثمره.

وجه قول أشهب ما احتج به، ومعناه أن العتق أقوى من الهبة؛ لأنه مبنى على السراية، فإذا لم يتعجل العتق فى الجنين قبل الولادة، فبأن لا تتعجل فيه الهبة أولى وأحرى.

وفى المدونة عن ابن القاسم فى الذى يهب للرجل ما تلد جاريته عشرين سنة: أن ذلك جائز، إذا قبض الجارية أو وضعت له على يد حائز له كالنخل يهب ثمرتها.

مسألة: وأما هبة ثمر النخل، فتجوز قبل الأبار وبعده. ومعنى ذلك أن هبة الثمرة تجوز على كل حال من أحوال الثمرة بعد وجودها وقبله، وكذلك الحيازة إذا أسلم الرقبة.

وفى المدونة عن مالك فى الذى يهب ثمرة نخله عشرين سنة: أن ذلك جائز أن حاز الموهوب له النخل أو جعلت على يد من يحوزها له. وقد قال مالك فى المدونة:

يجوز أن يهب الرجل ثمر نخله عشرين سنة إذا حاز الموهوب له النخل أو حيزت له.  
 ووجه ذلك أن قبض النخل أكثر ما يمكن من حيازتها، وليس للواهب أن يمتنع من تسليمها.

فرع: فإن كانت العطية على وجه العرية لا يحاول المعري عملها، ولا الانفراد بها، فقد روى ابن حبيب في العرية: لا يصح حيازتها إلا باجتماع أمرين أن يطلع فيها ثمره، ويقبضها المعري، فإن عدم أحد الأمرين قبل موت المعري بطل الإعراء. وقال أشهب: تجوز الحيازة بوجود أحد أمرين الأبار أو تسليم العطية.

ومعنى ذلك أن المعري إنما أعطى الثمر على هذا الوجه عطاء مؤجلاً لا يقتضى إخراج الأصل عن يده، ولا قبض الثمرة إلا بعد بدو الصلاح، ولذلك كان العمل على المعري، ولا يجبر على تسليم الرقاب لتصح الحيازة؛ لأن عطيته لم تكن على هذا الوجه. فإن سلمها على قول ابن حبيب إلى المعري صحت الحيازة بعد أن تظهر الثمرة؛ لأنها لم تتضمن عطية قبل وجودها.

فإذا وجدت وتبرع بالتسليم صحت الحيازة، وكملت العطية ويجوز على قول أشهب الأبار؛ لأنه به تظهر الثمرة ودخوله وخروجه عندى حيازة، فالخلاف بين أشهب وابن حبيب فى فصلين، أحدهما أن عدم التأخير عند أشهب يمنع الحيازة، وعند ابن حبيب لا يمنع ذلك الحيازة مع ظهور الطلع، لأنه عند نفس الثمرة، وإنما هذه حالة من أحوالها. والوجه الثانى أن ابن حبيب يراعى مع كون الثمرة على صفة يصح حيازتها أن يوجد قبضها القبض الأصل، ولم يشترط ذلك أشهب غير أنه قد احتج لصحة ذلك بأن قال: إن دخول المعطى وخروجه حيازة، فرجع الأمر إلى أن هنالك نوعاً من القبض به تكون الحيازة.

وظاهر قول ابن حبيب أيضاً أنها تقتضى حيازة، فيحتمل أن يجتزئ فى ذلك بما ذكره أشهب من الحيازة، ويحتمل أن ينفذ ذلك للمعري إلا بقبض الثمرة مع الأصل فى حيازة المعري، والله أعلم.

مسألة: وإن كانت الهبة من الدور، فلا تخلو الدار أن يكون الواهب يسكنها أو لا يسكنها، فإن كانت مما يسكنها، فلا تصح فيها حيازة إلا بإخلاء الواهب لها، إذا لم يكن فيها فضل عن سكنه.

كتاب الأقضية ..... ٥٠٩

قال مالك في العتبية: وإن كانت الدار ذات منازل يسكن في بعضها، حيزت كلها، قال: وذلك أن عبد الله بن عمرو زيداً صاحبى النبي ﷺ حبسا دارين لهما، فسكننا فيها حتى ماتا، ولم يكن ذلك جلهما، فحازا ما سكننا، وما لم يسكننا.

قال ابن القاسم: ولو كانت دوراً، فسكن واحدة منها ليست جلهما، وهى تبع، حاز منها ما سكن، وما لم يسكن، سواء كان المحبس عليه صغيراً فى حجره أو كبيراً حائزاً لنفسه.

مسألة: ولو بقى فيها باكتراء أو إرفاق أو إعمار أو أى وجه كان، فإن عيسى روى عن ابن القاسم فى العتبية: ذلك يمنع صحة الحيازة؛ لأنه لا يصح فيها قبض ولا حيازة مع سكنى الواهب لها، إلا أن تكون الواهبة زوجة الموهوب له، فيتمادى على السكنى معها فيها.

روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية: فإن ذلك لا يمنع صحة الحيازة، ولو كان الزوج الواهب للزوجة، فيتمادى على السكنى معها فيها لمنع ذلك صحة الحيازة؛ لأن سكنها على الزوج دون الزوجة، فسكنى الزوجة مع بقاء الزوج ليس بيد لها، وإنما اليد للزوج فى المسكن، فلذلك صح أن يحوزها الزوج مع بقاء الزوجة فيها، ولم يصح أن تحوزها الزوجة مع بقاء الزوج فيها، ومثل هذا أن يخاف الواهب، فيختفى عند الموهوب له فى تلك الدار أو يضيفه الموهوب له، فيمرض فيها، ويموت، فإن ذلك لا يبطل الحيازة، قاله ابن المواز.

زاد ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وإن كان ذلك بعد حيازة المعطى بيوم؛ لأن هذا ليس بسكنى فى الحقيقة.

مسألة: فإن رجع إليها على وجه السكنى باكتراء أو إرفاق، فإن كان رجع إليها بعد المدة القريبة مما يرى أنه قصد إلى أن لا يخرجها منها، فاتفق أصحابنا على إبطال الصدقة. وأما بعد طول المدة، فالذى روى ابن المواز عن مالك وأصحابه: أنه إذا سكنها بعد أن حازها المعطى السنة فأكثر، فإن ذلك لا يبطل الهبة.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أنه إذا رجع إليها المعطى باكتراء أو إسكان بعد حيازة المعطى المدة الطويلة، ومات فيها، فإن الصدقة تبطل.

وجه القول الأول أن المعطى إذا كان مالك أمره، وحاز لنفسه حيازة بينة تبعد فيها التهمة، فقد صحت الهبة وكملت، فلا يضرها ما حدث بعد ذلك من سكنى المعطى.

٥١٠ ..... كتاب الأفضية

ووجه قول ابن الماجشون أن رجوع الواهب فيما وهب مما كان عليه من السكنى، وموته فيها على ذلك، يبطل الحيازة. أصل ذلك إذا كان الموهوب صغيراً، وما إن كان الابن صغيراً، فحاز عليه الأب أو غيره، ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبروا ويجوزون لأنفسهم سنة، فهي باطلة.

قال ابن المواز: لا يختلف في ذلك قول مالك وأصحابه.

ووجه ذلك أن الكبير الحائز لنفسه يقدر على منع الأب الواهب من ذلك، فلا يعد رجوعه إليها رجوعاً في هبته، والصغير لا يقدر على ذلك، وليست حيازة الأب حيازة تامة؛ لأنه قد يطرأ الفساد، فلذلك تبطل الهبة برجوع الأب إليها.

مسألة: فأما إن كان لا يسكنها الواهب، فحكمهما حكم الأرضين، غير أنها تختص بالغلق والقفل عليها، فإن فعل ذلك الحائز فيها، فهو تمام الحيازة لها.

وقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بدار، فدفع مفتاحها إليه، وبرئ منها أن تلك حيازة، وإن لم يسكنها المعطى ولا أسكنها، وإن لم يفعل ذلك، فقد أجمع أصحابنا على أن حيازة الأب الواهب ابنه الصغير فيها بالإشهاد خاصة، وذلك عندى بما يتعلق بها من السكنى بالاكتراء أو الانتفاع الدائم بها، ولو كانت مهمة غير مغلقة، ولا ينتفع بها في كراء ولا غيره لرأيت أن حكمها حكم الأرض التي لم تزرع في إبان زراعتها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وأما الحيوان وكل ما ينقل ويحول، فإن الحيازة فيه بأن يقبضه المعطى، ويخرجه عن يد المعطى وانتفاعه به، فإن كان ثوباً منع المعطى من لبسه وانفرد المعطى بلبسه، وإمساكه، وإن كان من المتاع الذي يستعمل والرقيق الذي يستخدم، فقبضه أن يمنع المعطى من استعماله على وجه ينفرد به.

ولو وهب أحد الزوجين الآخر خادماً أو متاعاً من متاع البيت، فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية والموازية فيمن تصدق على امرأته بخادم، وهى معه فى البيت تخدمها بحال ما كانت، فذلك جائز. وقال ابن المواز عن ابن عبدالحكم وابن القاسم عن مالك: وكذلك متاع البيت، وبه أقول.

وقال أشهب فى الكتابين: إذا شهد لها بهذه الخادم، فتكون عندها كما كانت فى خدمتها، فهذا إلى الضعف، وما هو بالبين، وكذلك لو وهبته هى خادماً ومتاعاً فى البيت، فأقام ذلك على حاله بأيديهما، فهو ضعيف.

وجه رواية ابن القاسم أن المعطى يصح منه القبض للخادم والمتاع والحيازة، لما كان له حظ من اليد في ذلك المكان، وتصرفه فيما لا يلزم المعطى، بخلاف الدار إن سكنت الزوجة فيها على الوجه الذى يلزم الزوج إسكانها عليه.

وجه رواية أشهب أن الهبة على الصورة التى كانت عليها قبل العطية، فلا يصح فيها حيازة إلا بتغيرها عما كانت عليه بالنقل إلى ما ينفرد به المعطى وخروجها عن يد المعطى.

فرع: وهذا فيما يستعمل غالباً على الوجه من الاستخدام والاستعمال. وأما ما يستعمل منفرداً كالعبد يخرج، ففي العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك فى امرأة نخلت ابناً لها صغيراً عبدها، وله مال، فلم يحزه الأب، ولا الولد حتى ماتت الأم: إن ذلك يختلف، فأما الغلام الذى هو للخارج، فإن ذلك ليس بحوز للصبي. وأما الغلام الذى إنما هو للخدمة، فيخدمه يختلف معه، ويقوم فى حوائجه، فإنه حوز، وكذلك لو غل أبوه الغلام، وهو مع أبيه لكان اختلافه معه، وخدمته له حوزاً.

قال مالك فى العتبية: وإن خدم الأب مع الغلام إلى أن مات الأب، فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن تصدق على أم ولده بخادم، وابنه مما يكون معها فى البيت، فالإشهاد فى كل ذلك حوز.

وأما العبد يخرج والدار تسكن والشجر، وما هو بائن عنهما، فلا بد أن يحوزه، فيأخذ الخراج من العبد ويخرج السيد من الدار، ويجنى الشجر، ونحو هذا.

وأما العروض، فالقبض واللباس والعارية ونحو هذا حوزها، وإلا فلا شئ لها. وقال أصبغ: الإشهاد حوز، وإن كان ذلك فى يدها، وإن لم تعرف اللباس ولا العارية.

فرع: وأما ما وهب لابنه الصغير، ففي العتبية عن أصبغ: إن تصدق عليه ببقر وغنم وعبيد، فاحتلب الغنم، واعتمل البقر، واستخدم العبيد أمراً خفيفاً، أو أمراً ممزوجاً، مرة للضيف ومرة للابن، ومرة لهما، فذلك جائز، ويكون حيازة وصدقة تامة.

فصل: وهذا إذا كانت الهبة حاضرة بيده، والمعطى حاضراً، فإن كان المعطى والمعطى غائبين، أو أحدهما غائباً، فلا يخلو أن تكون الهبة بيد المعطى أو فى يد غيره، فإن كانت فى يده وكان المعطى والمعطى غائبين عن الهبة، ففي العتبية من سماع ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الحاضر بدار ببلدة أخرى، فلم يقبضها حتى مات الابن إن كان صغيراً، فذلك جائز له، وإن كان كبيراً، فذلك باطل، وإن لم يفرط فى الخروج، وكذلك الأجنبي، رواه ابن المواز عن مالك.

٥١٢ ..... كتاب الأقضية

وقال أشهب: إن أشهد، ولم يفرط في القبض، ولعله تهيأ للخروج أو وكل، فلم يخرج حتى مات الأب، فهي جائزة، وإن فرط فذلك باطل، ورواه أيضًا ابن القاسم عن مالك.

وجه القول الأول أن للمعطي قبل القبض أن يبطل الهبة كالحاضر.

وجه القول الثاني أن الهبة قد وجد طرفاها من الإيجاب والقبول، ولم يوجد تفريطهما في قبضها يبطل حكمها، فوجب أن تصح كما لو أنفذها المعطي إلى المعطي.

فرع: فإذا قلنا إنها تصح مع الاجتهاد، وتبطل بالتفريط، فجهل الأمر، فقد قال ابن الماجشون وابن كنانة: إنها على التفريط حتى يثبت الاجتهاد.

وجه ذلك أن عدم القبض يقتضي إبطال العطية، وصورة المسألة صورة ترك القبض، فلا يعدل به عن ذلك إلا أن يتبين الاجتهاد الذي يخرج عنه مقتضاه، وظاهره إلى ما يقوم مقام القبض.

مسألة: وإن كان المعطي غائبًا، فقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فيمن تصدق على ابنه الكبير الغائب بعبد أو دار، فمات لأب قبل الحيازة، فذلك باطل، وكذلك لو كان قريب الغيبة، فمات الأب قبل القبض، ونحوه.

وروى عيسى عن ابن القاسم، وروى أشهب عن مالك في العتبية والموازية فيمن تصدق في سفره على امرأته أو ابنته، وليستا معه بعد، فمات السيد قبل أن يقدم، والعبد يخدمه: أنه إن أشهد على الإنفاذ من يعرف المرأة أو الابنة، فذلك نافذ، وإن أشهد هكذا من لا يعرفهما، فلا أدري ما هذا.

وجه القول الأول ما قدمناه من أن موت الواهب قبل القبض يبطل الهبة. أصل ذلك الحاضر ويقوى ذلك عدم القبول.

وجه الرواية الثانية أن الإشهاد بإنفاذها أكثر ما يمكن أن يأتي به من حيازة الهبة.

فرع: ومثل ذلك ما يشتريه الرجل في الحج من الهدايا، ويحمله معه أو يبعث له من ضلة أو هدية إلى غائب، فيموت المعطي أو المعطي قبل وصول ذلك، فإنه إن أشهد بذلك، فهي للمعطي وإن لم يشهد بذلك، ففي المدونة من مات منهما رجعت إلى ورثة المعطي.

وفي كتاب ابن حبيب: من مات منهما رجعت إلى ورثة الميت، فمعنى ما في كتاب

كتاب الأقضية ..... ٥١٣

ابن حبيب أنه إن مات المعطى بطلت الهدية، فرجعت إلى ورثته، وإن مات المعطى صحت الهدية، فكانت لورثته. وما في المدونة، فقد قال أشهب في كتاب ابن المواز مثله مفسراً: إن من مات منهما، فلا حق فيها للمعطى. ومعنى ذلك أن عدم القبول يفسد الهدية، وإن كان المهدى حيّاً.

فرع: إذا قلنا إن الإشهاد يقوم مقام الحيازة، فقد قال أشهب عن مالك: لا يكفي في ذلك أن يذكر ذلك للعدول حين الشراء أو غيرهم حتى يشهدهم، والذي يجزئ من الإشهاد، قال محمد: ذلك أنه إذا قال: اشهدوا علىّ، فهذا إشهاد تام. وقال ابن عبدالحكم عن ابن القاسم: إنه إن قال لرسولين: ادفعا ذلك إلى فلان، فإنني وهبته ذلك، فهي شهادة، وإن لم يذكر، فإنني وهبته، فليس بشيء.

وروى ابن القاسم وأشهب عن مالك: أن ذلك لا يتم، وإن شهدا بذلك حتى يكون قد أشهدهما على ذلك إشهاداً أو يصل ذلك إلى المعطى في حياة المعطى.

وجه القول الأول أنه إذا سمعنا منه ما يقتضى تبثيلها، فإن ذلك يقوم مقام الإشهاد بها في الإتيان بأكثر مما يمكن من تبثيلها، فقله: إنني قد وهبته إياها، مع أمر الحاملين بإيصالها إلى المعطى يقوم مقام الإشهاد بها.

وجه القول الثاني أنه لا يجزئ إلا القصد إلى الإشهاد بها؛ لأن ذلك أكثر ما يمكن أن يفعل في أمرها فأما إذا أخبر بذلك العدول حين الشراء أو بعد ذلك، ولم يقصد الإشهاد، فإن وصلت إليه في حياة المعطى، فهي له، وأما بعد موته، فإنه لا يكون ذلك حيازة؛ لأنه لم يوجد القصد إلى ذلك من المعطى، ولا قبضت في حياته.

مسألة: وإن كانت الهبة بغير يد المعطى، فحيازة المعطى بالطلب لها أقوى. وقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن تصدق بعبد الآبق على رجل، فطلبه المعطى واجتهد، فلم يجده إلا بعد موت المعطى، قال: هو نافذ له؛ لأنه لم يكن ذلك بيد المعطى، فالإشهاد فيه، وطلب المعطى له حوز كالدين.

مسألة: ومن كان له عند رجل ودیعة، فقال: اشهدوا أني قد تصدقت بها على فلان، ولم يأمره بقبضها، ثم مات المتصدق قبل القبض، فإن علم الذي هو عنده، فتلك حيازة، وإن لم يعلم بطلت الصدقة؛ لأنه إذا علم صار حائزاً للمعطى، فلو دفعها بعد ذلك إلى المعطى ضمنها، رواه سحنون عن ابن القاسم في العتبية.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن تصدق على رجل بمائة دينار، وكتب إلى وكيله

٥١٤ ..... كتاب الأقضية

يدفعها إليه، فأعطاه الوكيل خمسين، ومات المعطى قبل أن يقبض الخمسين الباقية: لا شيء له غير ما قبض؛ لأن وكيله بمنزلته، رواه ابن حبيب عن مطرف وأصبع.

والفرق بين الوكيل والمودع أن الوكيل مأمور بالدفع، فهو فيه نائب عن المعطى، والمودع ليس بمأمور بذلك، وإنما هو مأمور بحفظ الوديعة، فإذا علم أنها قد صارت للمعطى، صار حافظاً لها، وصارت يده يده.

قال ابن المواز في الوديعة إذا جمع بينهما، وأشهد، صحت. قال: وكذلك لو قال له المعطى: دعها لى بيدك. ومعنى ذلك كله أن تعود يد المودع للمعطى، فيكون قابضاً له، وحافظاً لما أعطى بأمره، فتصح بذلك الحيازة.

مسألة: ومن أعطى رجلاً غلة كرمه سنين، وأسكنه داره، ثم تصدق بالرقبة على ابنه الصغير، قال سحنون في العتبية: ذلك جائز، والصدقة للابن، وإن لم يشهد بأنه جعل للساكن الحيازة لابنه، ولو أشهد بذلك لكان حسناً. قال: وأحب إلى أن لو كان ذلك فى فور واحد؛ لأن أصحابنا اختلفوا فيها، وهو جائز، وإن لم يكن فى فور واحد، وبهذا قال ابن القاسم ومطرف وأصبع من رواية ابن حبيب عنهم.

وروى عن ابن الماجشون: أنه إن كان ذلك فى فور واحد، فهو حيازة لمن أعطى الرقبة، وإن كان أسكن ثم أعطى الرقبة، فإن رجعت الرقبة، والمعطى حى، فهي للمعطى، وإن مات المعطى أو أفلس أو مرض قبل أن يرجع الرقبة، فلا شيء للمعطى. قال: وكذلك من أخدم رجلاً عبداً، ثم بتل رقبته للآخر.

وجه القول الأول أن يد الساكن ليست بيد المعطى، فجاز أن يجوز للمعطى، كما لو كان الإسكان والعطية فى فور واحد.

وجه القول الثانى أن الساكن لما انفردت عطيته، وتقدمت وحاز لنفسه، لم يكن حائزاً لغيره كالمعطى.

مسألة: ومن وهب ما عند المعطى بعارية أو وديعة أو إجارة، فقول المعطى قبلت حيازة، وإن كانت الهبة بغير ذلك البلد. وأما إذا كان ذلك ببلد غير المعطى بأحد هذه الوجوه، فقد قال أشهب فى كتاب ابن المواز: ذلك نافذ إذا شهد. وقال ابن القاسم: إنما ذلك إذا كانت بيد رجل يحسن يريد حياته أو عارية، فيجوز للمعطى، وإن مات المعطى.



كتاب الأفضية ..... ٥١٥

وأما فى الإجارة والرهن فلا يكون حوزاً إلا أن يشترط أن الإجارة له مع الرقبة، فيجوز ذلك. قال محمد: وقول ابن القاسم أصوب.

ووجه القول الأول أن المستأجر قابض لنفسه، فلا يمنع ذلك صحة الحيازة للمعطى كالمعار.

ووجه القول الثانى أن المعطى يأخذ عوض المنافع فى الإجارة، فصارت يد المستأجر يدهن، وذلك يمنع صحة الحيازة.

مسألة: ولو وهبه ما بيد غاصبه، لم تكن حيازة الغاصب له حيازة، رواه محمد عن ابن القاسم، ورواه ابن حبيب عن أصبغ.

وقال أشهب: ذلك قبض، وحيازة للمعطى. قال محمد: وهو أحسن؛ لأن الغاصب ضامن، فهو كدين عليه يجوز بالإشهاد.

وجه قول ابن القاسم أن يد الغاصب يد مائعة للمعطى، فلم تصح بها الحيازة كيد المعطى.

ووجه قول أشهب ما احتج به ومعناه أنها ليست بيد للمعطى، وإذا استوت يد المعطى، والمعطى صحت حيازة المعطى كالأرض المبورة والدين.

مسألة: ولو وهبته ديناً لك على غريم لك غائب، فدفعت إليه ذلك الحق، وإن لم يكن له ذكر حق، فأشهدت وقبل المعطى جاز؛ لأن الدين هكذا يقبض؛ لأنه ليس بشيء معين، قاله ابن القاسم، ورواه ابن وهب عن مالك.

وقال أشهب: لأن الغريم لو حضر لم يكن الحوز عليه بأكثر من هذا، ولو قال: لا أَرْضى، لم يكن له ذلك.

مسألة: ولو وهب المستودع ما عنده، فلم يقل قبلت حتى مات الواهب، قال ابن القاسم: القياس أن تبطل. وقال أشهب: بل هى حيازة جائزة، إلا أن يقول: لا أقبل. قال محمد: وهو أحب إلى، وذلك أن العطية بيد المعطى، فتأخر القبول لا يمنع صحتها. قال: وذلك بمنزلة من وهبته هبة، فلم يقل: قبلت، وقبضها لينظر رأيه، فمات المعطى، فهى ماضية إن رضىها، وله ردها بمنزلة من بعث بهبة إلى رجل، فأشهد فلم يصل إليه حتى مات المعطى، فله أن يقبلها، فتكون من رأس المال، فله ردها.

ووجه ما قاله ابن القاسم أن الهبة يمنع صحتها عدم القبض، فبأن يمنع صحتها عدم القبول أولى وأحرى.

٥١٦ ..... كتاب الأقضية

٧ فصل: ومعنى القبض، أن يقبض المعطى العطية، وتصير في يده، وإن كان ذلك بغير علم المعطى، ولا إذنه فمات المعطى قبل أن يعلم، ويرضى، فذلك حوز عند ابن المواز، قال: لأنه لو منعه قضى عليه بذلك.

ووجه ذلك أن القبض حوز للمعطى ليس للمعطى منعه منه، فصح بغير إذنه كما لو امتنع من ذلك، فقضى به عليه.

فرع: ولو مات المعطى، وعليه دين، فقام غريمه، فحازه، والمعطى غائب، فبقيت بيده حتى مات المعطى، فتلك تامة، حازها بسلطان أو غيره، رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

مسألة: وهل تصح الحيازة بغير أمر المعطى، روى ابن حبيب عن مطرف فيمن تصدق على ابنته، وهى ذات زوج بمسكن، فخرن فيه الزوج طعاماً حتى مات الأب: إن ذلك حيازة لابنته مع أن الأب إنما سلم ذلك إليه ليحوز لابنته. قال أصبغ: لا يكون ذلك حيازة لها إلا أن توكله، ورواه ابن القاسم.

وجه القول الأول ما قدمناه أن الهبة لم تبق بيد الواهب، بل هى على حالة يتساوى فيها المعطى والمعطى فلم تمنع صحة الحيازة كالدين.

ووجه قول أصبغ أنها هبة لم يقبضها المعطى، ولا من ينوب عنه، فلم تتم حيازتها كما لو كانت بيد المعطى، وهذا الأصل قد أوجب الاختلاف بين أصحابنا فى عدة مسائل، والله أعلم.

مسألة: ومن تصدق بدار، ثم أنكر ذلك، فخاصمه المعطى، وأثبت بينة، فحكم له بها، فلم يقبضها حتى مات المعطى، فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون: ليس الحكم بحوز كما لو أخذ المعطى، ومات قبل أن يقبضها المعطى. وقال أصبغ ومطرف: هو حوز كما لو أقام البائع بطلب سلعته فى التفليس، وتقوم بينة، فيموت المفلس قبل الحكم، أنه يقضى له بها.

وجه القول الأول ما احتج به بن حبيب من أن المفلس لا يقبل إقراره لخصمه، وأما بينة المعطى، فإنها بينت إقرار المعطى.

ووجه قول مطرف أن منع المعطى العطية مع طلب المعطى لها، ليس بأثبت من إنفاذه لها، فيموت قبل أن تصل إلى المعطى، وذلك لا يمنع الحيازة، فمنعه إياها عذر يصح معه

## كتاب الأقضية ..... ٥١٧

الحيازة، وقد وجد من المعطى القبول والطالب الذى يقوم مقام القبض، والذى بعث إليه بالهدية لم يوجد منه قبول ولا طلب، وقد مضى بحيازته لعذر المسافة، ففى مسألتنا أولى.

وقد روى ابن المواز ابن القاسم: إذا وقف الإمام العطية حتى ينظر فى حجتها، فإنه يقضى له بها كما لو قام فى الفلس فى سلعته، فلم يقض له بها حتى مات المفلس، فقد قال مالك: البائع أحق بها.

وقال أشهب: أما إدخال القاضى بين الواهب وبينها حتى لا يجوز حكمه فيها، فيقضى بما ثبت عنده فيها كما كان يقضى فى حياته. وأما إن لم يكن الواهب منع منها المعطى، فلم يطلبها، فهى باطل.

مسألة: ولو باع المعطى الهبة، فلم يقبضها المشتري حتى مات المعطى، قال مطبرف وابن الماجشون: البيع حيازة، رواه ابن وهب عن مالك. وقال أصبغ: ليس البيع بحيازة ولا غير ذلك، إلا العتق وحده.

وجه قول الجمهور أن البيع إخراج عن الملك، فأغنى عن الحيازة كالعتق. ووجه قول أصبغ أن العتق مبنى على التغليب والسراية، ويؤثر فى غير ملكه، وذلك أعتق حصة من عبد، فإنه يعتق عليه سائرته، وليس كذلك البيع، فإنه لا يسرى إلى غير ملكه، فلم يغن عن الحيازة.

مسألة: ولو وهبه المعطى، ثم مات المعطى، فقد روى ابن وهب عن مالك: أن الهبة حوز، وبه قال مطبرف. وقال ابن القاسم وابن الماجشون: إن الهبة لا تكون حيازة؛ لأنها محتاجة إلى حيازة.

وجه القول الأول أن خروج العطية عن الملك حيازة كالبيع. ووجه القول الثانى أنها لا تستغنى عن الحيازة فى نفسها، فلم يغن عنها غيرها من الهبات.

فرع: فإذا قلنا بقول مالك، فقد قال أشهب: إذا وهبه المعطى لآخر، فمات المعطى قبل أن يحوزه، فهو له إذا وجدته بعد موت السيد أو الواهب الأول، وإذا قلنا بقول ابن القاسم، لم يقبضه الآخر حتى مات الواهب الأول، فلا شىء له.

### باب: فيما يمنع الحيازة ويبطل العطية

وهو أن يموت الواهب قبل أن يوجد ما ذكرناه من الحيازة، أو يفلس، أو يعرض

٥١٨ ..... كتاب الأقضية

مرض موته، فإذا مرض توقف عن إنفاذ الهبة، فإن مات من مرضه، قضى له بإبطالها، وإن صح كان حكمه حكم من لم يمرض في صحة عطيته وإبطالها، ولذلك قال أبو بكر رضى الله عنه، وقد بلغ من مرضه مبلغاً يتيقن الموت منه: فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان ذلك، وإنما هو اليوم مال وارث.

فرع: إذا ثبت ذلك، فهذا حكم الهبة للواحد، يبطل جميعها أو يصح جميعها، فمن تصدق على ولده الصغير وولده الكبير أو أجنبي، فلم يقبض الأجنبي حتى مات الوهاب، فقد روى ابن القاسم عن مالك: تبطل حصة الصغار وحصة الكبار. قال ابن القاسم: لا يعرف الحبس للصغار إلا بحيازة الكبار.

وروى ابن نافع وعلى بن زياد عن مالك: نصيب الصغير جائز، ويبطل نصيب الكبير، بخلاف الحبس، فإنه يبطل الجميع.

وجه رواية ابن القاسم أن الخلاف في هذه المسألة مبني على الخلاف في هبة الجزء المشاع، ويحتمل أيضاً أن يكون معنى ذلك أن هذه عطية، فإذا بطل بعضها لعدم الحيازة، بطل جميعها كالحبس.

وجه الرواية الثانية في الفرق بين الصدقة والهبة والحبس أن الصدقة لجماعة مقتضاها القسمة، فجاز أن يبطل بعضها، ويصح بعضها، والحبس ينافي القسمة؛ لأن الرقبة باقية على ملك المحبس وإنما تقسم الغلة، فإذا بطل بعض الحبس لعدم الحيازة، بطل جميعه.

مسألة: وأما ذهاب العقل، ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في امرأة تصدقت بعبء أو بدنانير في صحتها، فلم يجز عنها حتى ذهب عقلها: أنها باطلة كالموت والتفليس، ولعله يريد بذلك أن تكون موقوفة، فإن برئت من ذلك، فهي على صدقتها، وإن اتصل ذلك بموتها، بطلت الصدقة بموتها، وقد يروى هذا اللفظ، وإنما يريدون به معنى الحيازة.

وكذلك روى عنه أصبغ في العتبية: أنه إذا مرض المتصدق قبل الحوز، فقد بطلت، وإنما يريد بذلك أن يتصل مرضه بالموت، ولو صح من مرضه، لكان على صدقته.

مسألة: وأما المفلس، فإذا حجر عليه قبل حيازة العطية، بطلت. قال أصبغ في العتبية: إن كانت قيمة العبد أكثر من الدين، إن بيع جميعه، وإن بيع منه بقدر الدين، قصر بعضه عن مبلغ الدين للتبويض، يباع جميعه، فيقضى منه الدين، ويعطى ما بقى للمتصدق، ولا

شئ فيه للمتصدق عليه؛ لأن الغرماء لما استحقوه من يده، فبيع لهم في دينهم، بطلت الصدقة كما لو استحقه مستحق.

مسألة: وهذا حكم عدم الحيازة، فأما إذا حاز العبد، وقد كان تداين ديناً يحيط بماله قبل العطية، فإن ذلك يمنع العطية، قبضت أو لم تقبض؛ لأنه ليس له أن يعطى مال غيره. وأما إن ادان بعد العطية، وقبل الحيازة، فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: الدين أولى وتبطل الصدقة والهبة.

قال أصبغ: الصدقة أولى من الدين المستحدث بعدها، وإن لم يقبض وإنما يراعى في ذلك يوم الصدقة لا يوم الحيازة، وإنما يراعى في ذلك مطرف وابن الماجشون، يوم الحيازة لا يوم العطية.

فرع: فإذا قلنا بمراعاة الصدقة، فقد قال أصبغ: إذا تقدم له الدين، وقد كان له وفاء يوم الصدقة، أو لم يدر الدين قبل الصدقة أو بعدها، فالصدقة أولى، وإن كان الأب حازها لولده الصغار حتى يعرف بخلاف ذلك، بمنزلة ما لو استغل ما تصدق به عليهم، ولم يدر استغل لنفسه أو لهم، فإن الصدقة ماضية حتى يعلم أنه إنما كان يستغلها لنفسه دونهم.

وقال ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه، في الصدقة المقبوضة عنه، لا يدرى الدين قبلها أو بعدها: الصدقة أولى حتى يعلم أن الدين كان قبل الصدقة، ولو كان الأب حاز لابنه الصغير، لكان الدين أولى حتى يعلم أن الصدقة قبله، ونحوه لابن القاسم في المدونة.

مسألة: ومن تصدق بشئ أو وهبه، فلم يحز عنه حتى باعه، فروى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب: أن البيع أولى وتبطل الصدقة، قال ابن المواز: اضطرب فيها قول ابن القاسم، فروى عنه أبو زيد: يرد البيع، ويأخذ المعطى صدقته، وكذلك الهبة.

وفي المدونة لابن القاسم عن مالك: إذا علم المتصدق عليه بالصدقة، فلم يقبضها حتى باعها المتصدق، نفذ البيع والتمن للمتصدق عليه، وإن لم يعلم المتصدق عليه بالصدقة، فالبيع مردود، ما دام المتصدق حيّاً، فإن مات المتصدق قبل أن يعلم، فلا شئ له، والبيع ماض.

وجه القول الأول ما احتج به ابن المواز من أن البيع أقوى؛ لأن عقده حيازة يضمن به المبيع، وإن لم يقبض.

٥٢٠ ..... كتاب الأقضية

ووجه القول الثانى أن كلا العقدين يقتضى التملك، فكان أسبقهما أولى كالباعين.

فرع: فإن قلنا إن البيع يبطل، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: إنما ذلك إذا كان العطاء لمعين يقضى له به، فإن كان لغير معين، مثل أن يجعل داره فى سبيل الله، ثم يبيعها لم أفسخ البيع؛ لأنه لا يقضى عليه بها.

وإن قلنا إن البيع ينفذ، فقد قال أشهب: تبطل الصدقة، ولا شيء للمعطى من الثمن. وقال ابن عبدالحكم: الثمن للبائع لا شك فيه.

وروى ابن حبيب عن مطرف: إن كان المعطى حاضراً، فلم يقدّم حين علم بالبيع، فلا سبيل له إلى رده، وله الثمن على المعطى، فإن مات المعطى قبل أن يأخذ منه الثمن، فلا شيء عليه.

فأما القول الأول، فمبنى على ما نص عليه أشهب من أن الصدقة تبطل، وأن البيع الحادث قد منع من الحيابة.

وأما القول الثانى، فمبنى على أن الصدقة صحيحة، فإن قام المعطى على أثر ذلك، ولم يقر بإبطال البيع لكون العطية ملكاً له، وإن ترك ذلك، كان كمن يبيع ملكه وهو عالم، فلم ينكر، فله الثمن إلا أنه لما كان أصله الهبة والعطية، ولم يتقدم فيه حيابة، فإن قبضه قبل فوات الحيابة بموت المعطى كملت العطية، وإلا بطلت، ولذلك قال مطرف: أنه لو كان المعطى غائباً، فقدم فى حياة المعطى كان مخيراً بين رد البيع، أو أخذ الثمن. وقد روى ابن حبيب والعتبى مثل ذلك عن ابن القاسم.

مسألة: ولو أعطاها الواهب لرجل آخر قبل أن يقبضها الأول، فإن حازها الثانى، فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم: الأول أولى، وتنزع من الثانى. قال ابن المواز: ليس هذا بشيء، والحائز أولى، وهو قول المغيرة فى المدونة.

وجه القول الأول أن المالك الأول أحق به.

ووجه القول الثانى أن الهبة الثانية لما قويت بالحيابة، صارت كالبيع، فمتى قدم البيع على الهبة، لزمه مثل ذلك فى الهبة الثانية، إذا قارنتها بالحيابة.

وإذا قلنا بقول ابن القاسم، فقد قال أصبغ فى العتبية: إن كان المتصدق عليه علم بالصدقة، فلا شيء له، وإن كان لم يعلم أو علم ولم يفرط، وندم المتصدق، ففاجأه بأن تصدق بها على غيره، فالأول أحق بها إن أدركها قائمة، وإن فاتت كان له قيمتها على المتصدق بها، وإن فاتت.

كتاب الأفضية ..... ٥٢١

مسألة: وإن كانت الهبة عبداً أو أمة، فأعتقه الواهب قبل القبض أو استولد الأمة، فقد قال ابن القاسم: ينفذ العتق والاستيلاد، ولا شيء للمتصدق عليه. وروى عبد الملك ابن الحسن عن ابن وهب: يرد العتق، وإذا حملت منه الأمة، فعليه القيمة.

وجه القول الأول ما بنى عليه العتق من التغليب والسراية.

وجه قول ابن وهب أن الهبة تقتضي التملك، فلا يصح فيها عتق المملك كالبيع، وعليه في الأمة القيمة لشبهة عدم القبض.

فرع: فإذا قلنا بقول ابن القاسم، وكاتب الواهب العبد أو دبره أو أعتقه إلى أجل، فقد قال أصبغ: لا يرد شيء من ذلك، ولا شيء للمعطي في خدمة المدبر، ولا كتابة المكاتب ولا رقبته، وإن عجز، قال أصبغ عن ابن القاسم: ولو قتلها رجل، فالقيمة للموهوب له.

ومعنى ذلك أن قتل القاتل له ليس بمعنى الرجوع في الهبة. وأما العتق وما كان في معناه، فإنه رجوع في الهبة، ومبطل لها، والله أعلم وأحكم.

مسألة: وإن كان المعطي رهن العطية قبل القبض، فقد قال ابن القاسم فيمن حبس على ابنه، ثم رهنه، فمات: يبطل الرهن، ويثبت الحبس، ووجه ذلك ما تقدم.

فرع: وهذا كله فيما أحدثه الواهب في الهبة قبل القبض، فأما ما أحدثه في الهبة لابنه الصغير في حجره، فبقيت في يده، ثم باعها، فقد روى عيسى عن ابن القاسم في رجل تصدق بثلاثي غنم معينة على ابنه الصغير، وثلثة صدقة في سبيل الله، فبقيت في يديه زماناً ثم عدا عليها، فباعها، ثم مات، والابن صغير: إن صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله، ولا شيء للسيد؛ لأن حفظه لم يخرج من يده حتى مات.

فصل: وقوله: «وإنما هو اليوم مال وارث» يريد أن حق الوراثة قد تعلق به، فيمنع ذلك الحيابة كما تمنع الحيابة تعلق حق الغرماء بمال المفلس، ويحتمل أن يكون أبو بكر قاله لما تيقن الوفاة، ويحتمل أن يكون قاله توقفاً لها، وذلك يمنع الحيابة أيضاً على وجه التوقيف فيها؛ لأنها مترتبة ممن حاز في ذلك الوقت، فإن صح، صححت إفاقة الحيابة.

فصل: قال: «وإنما هو أخواك وأختاك» هكذا ورد هذا الحديث، أن ورثته من ذكر، وقد ورثه مع ذلك زوجه أسماء بنت عميس، وزوجه بنت خازجة، وترك أباه أبا قحافة عثمان بن عامر، ومات بعده في خلافة عمر بن الخطاب إلا أنه روى أنه رد سدسه على ولد أبي بكر، ولعله قد كان وعده بذلك قبل وفاته.

ويحتمل أن يريد: إنما يرثني بالبنوة أنت وأخواتك وأختاك، يريد أن الذين يشاركونك في هذه العطية إنما هم إخوانك على معنى التسلية لها، عما صار إلى غيرها من ذلك بأن من يصير إليهم ذلك ممن يسرك غناهم، فقالت: لو كان كذا لتركته، ويحتمل أن تريد لتركته إذا لم أستحقه، ويحتمل أن تريد لتركته، وإن كان لي ممن ذكرته ممن أحب له الغنى والخير ممن يشفق عليه.

**فصل:** وقولها: «إنما هي أسماء، فمن الأخرى» لما لم تعلم لنفسها أختاً غير أسماء، فقال لها: «ذو بطن بنت خارجة» يريد أن حمله يوجد، ويقال: إن اسمها حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك الخزرجي، يعتقد فيها أنها جارية.

قال ابن مزين: قال بعض فقهاءنا: وذلك لرؤيا رآها أبو بكر تأول فيها ذلك، وهذا لا يمتنع، فولدت بنت خارجة بنتاً سميت أم كلثوم، والله أعلم.

١٤٢١ - مَالِكُ عَنْ ابْنِ شِهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ابْنِ عَبْدِ الْقَارِئِ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ: مَا بَالُ رَجَالٍ يَنْحَلُونَ أَبْنَاءَهُمْ نُحْلًا ثُمَّ يُمَسِّكُونَهَا، فَإِنْ مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ، قَالَ: مَا لِي بِيَدِي لَمْ أُعْطِهِ أَحَدًا، وَإِنْ مَاتَ هُوَ، قَالَ هُوَ لَا بِنِي قَدْ كُنْتُ أُعْطِيْتُهُ إِيَّاهُ مِنْ نَحْلٍ نَحْلَةً، فَلَمْ يَحْزَهَا الَّذِي نُحْلَهَا حَتَّى يَكُونَ إِنْ مَاتَ لَوَرَّثْتُهُ، فَهِيَ بَاطِلٌ.

**الشرح:** قوله: «ما بال رجال ينحلون أبناءهم نُحْلًا، ثم يمسكونها» الحديث يقتضي أن إخراج العطية من يد الأب الناحل، هو الواجب أو الأفضل، فإن كان الابن بالغاً مالكا لأمر نفسه، فحكمه حكم الأجنبي على ما تقدم.

وإن كان صغيراً، فإن من العطايا ما لا يصح إلا بإخراج الأب العطية من يده إلى يد من يجوزها له، ومنها ما يصح حيازتها مع بقائها بيد الأب إلا أن إخراجها عن يد الأب إلى يد غيره أفضل وأبين في صحة الحيازة.

فإذا ثبت ذلك، فإن العطايا على ضربين، منها ما لا يتعين كالدينارين والدرهم، ومنها ما يتعين كالحيوان والعروض والثياب.

فأما الدينارين والدرهم، فإنها إن بقيت بيد الواهب غير مختوم عليها، يتصرف فيها



## كتاب الأفضية ..... ٥٢٣

لابنه الصغير، فقد روى عيسى عن ابن القاسم أنه إن مات الأب، وهى على ذلك، فالعطية باطلة، وكذلك لو تصدق عليه بعشرة دنانير معينة، ففى العتبية عن مالك: لا يجوز، وإن طبع عليها حتى يدفعها إلى غيره، ويخرجها عن ملكه، وذلك أنها غير معروفة العين، ولا متعينة بالإشارة إليها، ولا يصح أن يعرف أعيانها إذا أفردت من غيرها، ولم يختلف أصحابنا فى ذلك إذا وهبه عشرة دنانير من دنانيره.

فرع: وأما إذا ختم عليها، وأمسكها عنده، فقد روى عن مالك أنها تبطل. زاد ابن المواز: وإن ختم عليها الشهود والأب، وبه أخذ ابن القاسم والمصريون. وروى عنه أن العطية ماضية، وبه أخذ مطرف وابن الماجشون والمدنيون، قال مطرف: إذا ختم عليها بحضرة الشهود، وإن لم يختم عليها الشهود.

وجه القول الأول أنها مما يتعين بالعقد، فلا يصح فيها حيازة مع بقائها بيد المعطى كالتى لم يختم عليها.

ووجه القول الثانى أنها تتعين بالعقد، فإذا تميزت بالختم عليها صحت الحيازة فيها. فرع: فأما إذا وهبه دنانير، فوضعها على يد رجل يجوزها له، فحدث للرجل سفر، ومات فقبضها الأب، فمات، فقد روى عيسى عن ابن القاسم أنها ماضية؛ لأنها حيزت مدة، فلا يبالى قبضها الأب بعد ذلك، أو لم يقبضها كالدائر يتصدق بها على ولده، فيحوزها عنه سنة.

وفى كتاب محمد عن مالك فيمن تصدق على ابنه الصغير بمائة دينار، وجعلها له على يد غيره، ثم تسلفها، فمات، فذلك باطل بخلاف ما لو وهبه ديناً، ثم قبضه الأب، فظاهر هذه المسألة أن قول ابن القاسم فيها مخالف لقول مالك؛ لأنه علل إمضاء الهبة بأنها حيزت مدة وشبه ذلك بالدائر تحاز سنة، ثم رجع الواهب إلى سكنائها.

فالظاهر أن الواهب لو تسلفها بعد أن حيزت عنه نفذت الهبة، غير أنه إنما نص على القبض فى مسألة السفر، وأن ذلك إن كان لعذر السكنى جائز، ولم يذكر انتفاع الأب بها بعد القبض.

وذكر فى مسألة الدين قبض الأب للدين، ولم يذكر تسلفه له ولا انتفاعه به، إلا أنه لما شبه مسألة السفر بمن حيزت عنه الدار سنة، اقتضى ذلك أن انتفاعه بها بعد أن حيزت عنه، لا تبطل الحيازة، واقتضى ذلك على مذهب مالك أن قبض الأب لها بعد حيازة الأجنبى، لا يبطل الحيازة، وإنما يبطلها انتفاع الأب بها وسلفه إياها، والله أعلم وأحكم.

وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن الحيازة قد وجدت فيها، فلا يضره ما حدث بعد ذلك كما لو وهبه ديناً له على رجل، فقبضه الأب ومات، وهو بيده، وقد اتفقا على صحته.

ووجه القول الثانى أن حيازة الأب لابنه الصغير، فيها ضعف، وكذلك الغائب عنه، وإنما تختص حيازة النائب عنه بأن الهبة تتعين بقبضه، وإن كانت مما لا يتعين، فإذا استرجعها الأب من يده، وصرفها فى منفعتة، بطلت الهبة، ولو تسلفها من الكبير بعد أن تتم حيازتها، لم تبطل الهبة.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، فيمن تصدق أو حبس على صغار ولده، فجعل من يجوز لهم، فحاز ذلك الأب، ثم مات الأب، فوجدت عنده: فإن ذلك يبطل. قال مطرف: إلا أن يشهد الأب أنه رد حيازتها إليه. قال ابن الماجشون: لا ينفعه ذلك إلا أن يكون حدث فى من كان يجوزها سفه، فإنه يجوز ذلك إذا أشهد، وقاله أصبغ.

وقول مطرف هو موافق لقول ابن القاسم أنه يشترط الإشهاد فى أن قبضها للحفظ للابن، وقول ابن الماجشون كذلك إلا أنه يشترط الإشهاد ضرورة الأخذ لها من الحائز بسفها، وتتفق أقوالهم على أن حيازة الأجنبى تأثيراً فى صحة الحيازة، والله أعلم.

مسألة: وأما الخنطة والشعير وما يكال أو يوزن، فقد روى القاضى أبو محمد فى معونته: من قبض لابنه الصغير ما فى يده، وحاز له من نفسه، جاز إذا كان شيئاً معيناً، ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه من الذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون إلا أن يضعه بيد غيره، ويشهد عليه، فإن أمسكها بيده لم يصح.

وقال أبو حنيفة: يصح قبضه له، وإن كان مما لا يعرف بعينه.

ووجه ذلك أن الأب قد ي تلف الذهب والورق أو ي تلف بغير سببه، ولا يمكن أن يعرف عينه، فلا يعلم إن كان ما وجد هو الذى كان وهبه أو غيره.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال الشيخ أبو بكر: يجوز أن يجوزها الأب إذا وضعها فى شىء، وختم عليها، وأشهد عليها، لأنها حينئذ تتميز، ويمكن الإشهاد عليها، ويكون كالعبد والثوب، وما يتميز عينه، وهذا على قول المدنيين فى حيازة الدنانير والدرهم ظاهر.

كتاب الأقضية ..... ٥٢٥

وأما على قول المصريين، فيحتمل أن يقول مثل ذلك فى كل مكيل أو موزون أو معدود، ويحتمل أن يفرق بينهما بأن الدنانير لا تتعين بالعقد، وهذا متفق على أنها تتعين بالعقد، والله وأعلم وأحكم.

ومن تصدق على ابنه الصغير بدار، فلم يخرج منها حتى باعها، ثم مات فيها قبل أن يقبضها المشتري، فقد روى ابن حبيب عن أصبغ: الصدقة جائزة، وألتمن للولد؛ لأنه إنما مات فى دار المشتري، وسواء باعها باسم الولد أو جهل ذلك حتى تشهد البينة أنه باعها لنفسه استرجاعاً له فيها.

فإن عثر على ذلك فى حياته رد البيع، ورجعت الدار للولد، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب، بطلت الصدقة، ونفذ البيع، وسواء مات فيها أو قبضها المشتري.

وأما لو خرج منها بعد الصدقة، فسواء باعها لنفسه استرجاعاً أو على غير ذلك، فالبيع مردود للولد، مات الأب أو لم يمُت، ويرجع المشتري بالتمن فى تركة الأب، ولا شىء على الابن، وإن لم يترك الأب شيئاً.

وذلك يقتضى أنه لو لم يكن ساكناً فيها، وأشهد على احتيازها لابنه، ثم باعها باسم الاسترجاع أنه بمنزلة الذى باع بعد أن أخلاها من سكنها، وقد قال ابن القاسم فى العتبية، فيمن تصدق على ابنه الصغير بحوانيت ومساكن لها غلات، فلم يعلم أنه كان يكرها للابن باسمه أو باسم نفسه، فذلك للابن، وكذلك لو أكرها، ولم يقل أكريت لابنى، وإن لم يخرج ذلك إلى أحد غيره يحوزه لابنه، وقاله مالك، وأنكر قول من يقول: لا يجوز ذلك، إذا ثبت الكراء باسم نفسه وعابه وكرهه كراهية شديدة، وقال: هذا خلاف سنة المسلمين.

مسألة: ومن تصدق على ابنه الصغير بمائة شاة من غنمه، ولم يعينها، فعن مالك فى ذلك روايتان، ففى الموازية والعتبية عن مالك: إن لم يسم الغنم أو يصفها بما تعرف بأعيانها، وأهل البادية يسمون الإبل، والغنم كما يسمى أهل مصر الخيل، لم يجوز ذلك، وبه قال ابن القاسم ومطرف.

وفى كتاب ابن المواز وابن حبيب، قال أصبغ: وقد كان يقول إذا ذكر عدة من غنمه أو خيله، وترك ذلك شركة، فهو جائز، ثم رجع عنه. زاد فى العتبية هو وأصحابه، قال ابن حبيب: وبهذا أخذ ابن وهب وابن عبدالحكم وابن الماجشون والمغيرة وابن دينار، واستثنى ابن الماجشون العين والمسكن والملبوس، فإنه يطل، يريد إذا لبسه أو سكنه.

٥٢٦ ..... كتاب الأقضية

وجه القول الأول أنه إذا لم يعينها، فإنه لا يصح حيازتها لابنه؛ لأنه إنما يتصرف لنفسه فيها، فلا يصح قبضه لولده كالرهن المشاع لو بقى بيد الراهن لم تصح الحيازة فيه.

ووجه القول الثانى أن القبض والتسليم يصح، والفرق بين العطية والرهن أنه يجوز الأب لابنه الصغير العطية، ولا يجوز أن يجوز له ما وهب إياه.

مسألة: ومن تصدق على ابنه الصغير أو وهبه نصف غنمه، أو نصف عبيده، أو داره مشاعاً، قال القاضى أبو محمد: فيها روايتان، إحداهما: الجواز. والأخرى: الإبطال.

ومعنى ذلك أن من تصدق بجزء من ذلك، وترك باقيها لنفسه، أو جعل الباقي للسبيل، فحاز ذلك الأب حتى مات، ففى كتاب محمد والعنبة: ما كان للابن، فهو نافذ، ويبطل ما كان للسبيل، رواه أصبغ عن ابن القاسم، ورواه أشهب فى الموازية عن مالك. وقال أصبغ: أرى أن يبطل كله فى المسألتين جميعاً، ولا شىء للابن، ولا للسبيل.

وجه القول الأول أن قبضه لابنه الجزء المشاع يصح كما يصح فى المعين المفرد المتميز، ويبطل ما لابن السبيل؛ لأنه لا يجوز لهم.

ووجه القول الثانى أن قبضه الجزء المشاع لابنه، باقيه له أو راجع إليه، لا يصح؛ لأنه لا يتميز ما يقبضه لابنه مما أبقاه على ملكه كما لو وهبه عدة من جملة دراهم، فإنه لا يكون إشهاده بالحيازة لابنه حيازة، وقد رأيت معناه للقاضى أبى محمد، والله أعلم وأحكم.

مسألة: ولا يجوز أن يجوز للصغير والسفيه ما وهبه إلا الأب أو الوصى أو السلطان أو من يليه، فأما غير هؤلاء من أم أو أخ أو جد أو غيرهم، فلا يجوز له ما وهبه، يتيماً كان أو ذا أب، رواه أشهب عن مالك، وبه قال ابن القاسم.

وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: حوز الأم على اليتيم الصغير حيازة فيما وهبه له، أو وهبه له أجنبى، وكذلك من ولى صبيّاً على وجه الحسبة من الأجنبى أو من قريب، فحيازته له جائزة فيما وهبه له، هو أو غيره، وإن كانوا إنما ابتدأوا ولايته من يوم الصدقة، فذلك باطل، وقاله ابن نافع وأصبغ.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن وهب، فيمن تصدق على يتيماً له أو صغير فى حجره، هل يجوز له، فقال: لا يجوز له، إلا الأب، أو وصى الأب أو الأم، وإن لم تكن وصية،

كتاب الأقضية ..... ٥٢٧

والأجداد كالأب في عدمه، والجدات كالأم، إذا كان في حجر آخر من هؤلاء، وأما غيرهم، فلا يجوز له، إلا أن يبرأ منهم إلى رجل يليه.

وجه قول ابن القاسم أن غير الأب لا يلي المال بنفسه، ولا قدمه من يليه بنفسه، فلم تصح حيازته كابن العم.

وجه قول ابن الماجشون أن هذا قد تقدمت له ولاية ونظر، فصحت حيازته له، وليس كل أحد يوصى على ولده، ولا كل أحد يستطيع أن يصل خبره إلى السلطان فيليه، أو يولى عليه، فمن كان وليه غيره على وجه الحسبة أو القرابة في حكم الوصى. وجه قول ابن وهب أن كل من له عليه ولادة يجوز أن يليه، ويجوز له كالأب إلا أن بعضهم مقدم على بعض لقوة سببه.

فرع: إذا قلنا إن الوصى يجوز على يتيمه ما أعطاه، فقد قال أبو عبدالله بن العطار: إنما ذلك إذا كان مفرد النظر، فإن شاركه غيره، لم يجز له ذلك، وليخرجها إلى شريكه أو إلى غيره، قال: وقيل إن حيازته تامة.

#### باب: في الذين يحاز عليهم

والذى يحاز عليه هو الصغير والبكر البالغة والسفيه، واسم اليتيم بنطلق على جميعهم، وقد نص عليه شيوختنا، وقاله أبو عبدالله بن العطار، وقد بسطت القول فيه في كتاب السراج.

فأما الصغير، فإن حد الصغير يذكر في الجنايات، إن شاء الله تعالى، ولم يختلف في الصغير أنه إذا بلغ، لم يدفع إليه ماله حتى يؤنس رشده، قاله محمد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: يدفع إليه ماله بنفس البلوغ.

والدليل على ذلك قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلوَا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فجعل تعالى إيناس الرشد شرطاً في دفع المال إليهم بعد البلوغ.

ومن جهة المعنى أن الصغير إنما يخاف عليه إفساد المال، وتأثير الرشد في حفظ المال أكثر من تأثير البلوغ، فإذا روعى البلوغ، فبأن يراعى الرشد أولى وأحرى.

مسألة: وأما البكر البالغة، فحكمها حكم الصغير في الحجر ما لم تعنس، فإن عنست، ففي كتاب ابن المواز عن مالك في البكر يجوز لها أبوها، وإن عنست، وقال أيضاً: إلا أن تكون عنست ورضيت.

وجه القول الأول أنها بكر ذات أب، لزمها حجره كالتى لم تعنس.

وجه الرواية الثانية أنها بالغة رشيدة خبيرة بمصالحها، فزال عنها الحجر كالثيب.

فرع: إذا ثبت ذلك، فقد قال ابن عبدالحكم فى الموازية: يحوز لها ما لم تبلغ التعنيس الكثير، فإذا بلغت الخمسين والستين، فهذه تحوز لنفسها، ولا شىء لها، إلا أن تحوز لنفسها، وهى كالتى تلى مالها، ولا يزوجه أبوها إلا برضاها، فإن زوجها بغير رضاها لم أفسخه.

وروى ابن القاسم عن مالك: تجوز حيازته عليها، وإن رضى حالها وجاوزت الثلاثين.

قال ابن القاسم: ما لم تنس جدًا، فتبلغ الستين ونحوها، فهذه إن لم تحز لنفسها، فلا شىء لها، ووقع الاتفاق على التعنيس الكثير، وهو بلوغ الخمسين والستين، وإنما وقع الاختلاف بينهم فى ظاهر الأمر فى التعنيس الأول بسن الثلاثين، وبما زاد عليها الزيادة القريبة؛ لأن هذه لم تبرز بعد البروز التام.

وقال فى المدونة ابن القاسم: إذا عنست فى بيت والدها، لم يكن له أن يرد هبتها، ولا عتقها، ولم يحد.

وقال عن مالك: لا يجوز فعله. وقال فى المدونة أشهب عن مالك: التى بلغت أربعين سنة وخمسين سنة، إذا رضى حالها، جاز فعلها. قال محمد: وذلك عندنا فى التى لا أب لها، ولا وصى، ولا ولى من السلطان، فلم يسلم من الاختلاف بالتحديد، إلا التى بلغت الستين؛ لأنها نهاية التعنيس وابتداء الشيخوخة، والله أعلم.

مسألة: وأما السفیه، فهو الذى لا معرفة له بحفظ ماله، ووجه إصلاحه، وهل يراعى فى ذلك أن يكون معه فسق فى دينه أم لا، قال أشهب: لا ينظر إلى سفهه فى دينه، إذا كان لا يخدع فى ماله، وبه قال ابن القاسم.

وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى المولى عليه لا يدفع إليه ماله حتى يحكم له بالرشد فى الحال والمآل، وهذا عندنا فى إزالة الحجر عنه. وأما فى رده إلى الحجر، فلا يراعى فيه فسقه، وهو قول المدنيين من أصحابنا، وقول الحسن البصرى.

وجه قول أشهب أن الإصلاح فى الدين معنى لا يراعى فى الحجر عليه، فلم يراع فى حفظه كحفظ القرآن.

ووجه قول ابن الماجشون أن الصلاح في الدين أولى بالاعتبار، وبه يعلم إصلاحه للمال.

مسألة: وأما أم الولد، ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، في أم الولد يتصدق عليها سيدها: حالها في الحيازة حال الحرية. قال أبو عبد الله بن العطار: ويجوز السيد لأم ولده ما حبسه عليها لما في كتاب الحبس والصدقة من المدونة: أن الرجل يجوز عطيته لمن يلى أمره، ويجوز عليه قضاؤه، يريد أن قضاء السيد يجوز على أم الولد في مالها، فكانت ممن يجوز عليها.

فصل: وقوله: «فإن مات ابن أحدهم، قال: مالي يعني، لم أعط أحداً» يريد أنه يمنع منه ورثة الابن، «وإن مات هو، قال: هو لابني، قد كنت أعطيته إياه» فوعظ عمر، ونهى عن مثل هذا، وأعلم أنه لا يحل لفاعله، وأنه إذا أعطى ابنه عطية، ثم مات، لم يحل له أن ينفرد بها، ويقول: هذا مالي، وربما حجر الإعطاء، وأخفى وثيقة العطية، ولا يحل أيضاً أن يعطيه عطاء لم يبتله له، ثم يدرك الموت الأب، فيعريه عن بعض ورثته، ويقول: قد كنت وهبته لابني، وهو لم يبتل الهبة.

ثم قال رضي الله عنه: «من نحل نحلة، فلم يحزها الذي نحلها حتى تكون لورثته، فهي باطل». وظاهر هذا اللفظ يقتضي أنه كان المنحول كبيراً يجوز لنفسه، وأما الصغير، فقد بينا أنه قد يجوز له غيره، وقد يجوز للكبير غيره على ما قدمناه ذكره، وإنما أراد بذلك عمر ابن الخطاب أن يجوز لنفسه، أو يجوز له من يقوم مقامه في ذلك بتوكيل، أو وجه سائغ في الشرع، والله أعلم.

\* \* \*

التهى الجزء السابع ويليهِ يا ذن الله الجزء الثامن

وأوله باب «ما لا يجوز من العطية»

\* \* \*





# المحتويات

٣	كتاب المساقاة.....
٣	ما جاء فى المساقاة.....
٤٢	الشَّرْطُ فى الرِّقِيقِ فى المُسَاقَاةِ.....
٥٢	كتاب كراء الأرض.....
٥٢	ما جاء فى كراء الأرض.....
٦٥	كتاب القراض.....
٦٥	ما جاء فى القراض.....
٧١	ما يجوز فى القراض.....
٧٧	ما لا يجوز فى القراض.....
٨٥	ما يجوز من الشرط فى القراض.....
٨٧	ما لا يجوز من الشرط فى القراض.....
٩٣	زكاة القراض.....
٩٧	القراض فى العروض.....
٩٩	الكراء فى القراض.....
١٠٠	التعدى فى القراض.....
١٠٨	ما يجوز من النفقة فى القراض.....
١١٣	ما لا يجوز من النفقة فى القراض.....
١١٤	الدين فى القراض.....
١١٧	البضاعة فى القراض.....
١١٨	السلف فى القراض.....
١١٩	المحاسبة فى القراض.....
١٢٣	جامع ما جاء فى القراض.....
١٢٩	كتاب الأقضية.....
١٢٩	الترغيب فى القضاء بالحق.....
١٣٠	الباب الأول فى صفة القاضى.....

## ٥٣٢ ..... المحتويات

١٣٤.....	الباب الثانى: فى مجلسه وأدبه:.....
١٤١.....	ما جاء فى الشهادات.....
١٥٣.....	الباب الأول: فى عدد المزكىين.....
١٥٤.....	الباب الثانى: فى صفة المزكى.....
١٥٥.....	الباب الثالث: فى معنى العدالة وما يلزم المزكى من معرفة ذلك.....
١٥٦.....	الباب الرابع: فى لفظ التركيبة وحكمها.....
١٥٧.....	الباب الخامس: فى تكرار التعديل وما يلزم منه.....
١٥٩.....	الباب الأول: فى تحمل الشهادة.....
١٦١.....	الباب الثانى: فى حال أداء الشهادة.....
١٦٥.....	الباب الأول: فى نقل الشهادة عن معينين.....
١٦٧.....	الباب الثانى: فى نقل الشهادة عن غير معينين.....
١٧٥.....	القضاء فى شهادة المحدود.....
١٧٩.....	القضاء باليمين مع الشاهد.....
٢٠٧.....	القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد.....
٢١٠.....	القضاء فى الدعوى.....
٢١١.....	الباب الأول: فى تفسير ما تعتبر فيه الخلطة.....
٢١٣.....	الباب الثانى: فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها.....
٢١٤.....	الباب الثالث فيما تثبت به الخلطة.....
٢١٨.....	الباب الأول: فى صفة من يجوز تحكيمه.....
٢١٩.....	الباب الثانى: فى تبين الأحكام التى يجوز التحكيم فيها.....
٢١٩.....	القضاء فى شهادة الصبيان.....
٢٢٠.....	الباب الأول: فى ذكر من تجوز شهادته منهم.....
٢٢٢.....	الباب الثانى: فى تبين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم.....
٢٢٥.....	الباب الثالث: فى حكم من تجوز شهادتهم.....
٢٢٥.....	ما جاء فى الحث على منبر النبى ﷺ.....
٢٢٧.....	جامع ما جاء فى اليمين على المنبر.....
٢٣٨.....	ما لا يجوز من غلق الرهن.....
٢٤٣.....	القضاء فى رهن الثمر والحيوان.....
٢٤٨.....	القضاء فى الرهن من الحيوان.....
٢٥٧.....	الباب الأول: فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطاً فى صحته أو إتمامه.....
٢٥٨.....	الباب الثانى: فى صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة.....
٢٦٣.....	الباب الثالث: فيمن يصح وضع الرهن على يده.....
٢٦٥.....	الباب الرابع: فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين.....

## المحتويات ..... ٥٣٣

الباب الخامس: فيمن يلى الرهن ويقوم به من الإنفاق عليه والاستغلال له.....	٢٦٦
القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين.....	٢٧٢
القضاء فى جامع الرهون.....	٢٧٧
القضاء فى كراء الدابة والتعدى بها.....	٢٨٦
القضاء فى المستكرهة من النساء.....	٢٩٣
القضاء فى استهلاك الحيوان والطعام وغيره.....	٣٠٠
القضاء فىمن ارتد عن الإسلام.....	٣١٨
القضاء فىمن وجد مع امرأته رجلاً.....	٣٢٤
القضاء فى المنبوذ.....	٣٢٨
القضاء بإلحاق الولد بأبيه.....	٣٣٢
القضاء فى ميراث الولد المستلحق.....	٣٥٦
القضاء فى أمهات الأولاد.....	٣٦١
الباب الأول: فيماذا تصير الأمة به أم ولد.....	٣٦٦
الباب الثانى: فى أنه لا يجوز أن يملكها غيره ببيع ولا هبة ولا غيرها.....	٣٦٧
الباب الثالث: فى حكم ما بقى له من التصرف والمنفعة فيها وفى ولدها.....	٣٧٠
الباب الرابع: فى حكم مالها فى حياته.....	٣٧١
الباب الخامس: فى حكمها وحكم مالها بعد موته.....	٣٧٢
القضاء فى عمارة الموات.....	٣٧٥
الباب الأول: فى صفة الأرض التى تملك بالإحياء.....	٣٧٨
الباب الثانى: فى صفة المحيى للأرض وحكمه.....	٣٨٢
الباب الثالث: فى صفة إحياء الأرض.....	٣٨٣
الباب الرابع: فى حكم ما أحيى من الأرضين ثم مات، وعاد إلى ما كان عليه.....	٣٨٤
الباب الخامس: فى حكم الأرض الموات والأبوار فى القسمة والبيع.....	٣٨٥
القضاء فى المياه.....	٣٨٨
القضاء فى المرافق.....	٤٠٢
القضاء فى قسم الأموال.....	٤١٧
القضاء فى الضورى والحريسة.....	٤٤١
القضاء فىمن أصاب شيئاً من البهائم.....	٤٥١
القضاء فيما يعطى العمال.....	٤٥٥
القضاء فى الحمالة والحول.....	٤٧٦
الباب الأول: فيما تصح الحمالة به.....	٤٨٢
الباب الثانى: فى ذكر ما تصح الحمالة منه، وتمييزه ممن لا تصح حملته.....	٤٨٦
الباب الثالث: فىمن يصح الحمالة عنه وتمييزه ممن لا تصح عنه.....	٤٨٨

.....	٥٣٤
المحتويات .....	
.....	٤٨٨
.....	٤٩٢
.....	٤٩٣
.....	٤٩٦
.....	٤٩٩
.....	٥١٧
.....	٥٢٧